

194
317.65 (83)
5693 dl
1938

MANUEL SOMARRIVA U.

Profesor de la Universidad de Chile

DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS



ANTONIO VODANOVIC H.

- 1 DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS
- 2 DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS
- 3 DE LA REVOCACIÓN Y REFORMA DEL TESTAMENTO
- 4 DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN Y DE LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LAS ASIGNACIONES
- 5 DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA
- 6 DE LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS
- 7 DE LA PARTICIÓN DE BIENES
- 8 DEL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS
- 9 DEL BENEFICIO DE SEPARACIÓN
- 10 DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS



EDITORIAL NASCIMENTO

SANTIAGO

1938

CHILE

Índice

CAPITULO PRIMERO

DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

REGLAS GENERALES

NOCIONES PRELIMINARES

Definiciones.—La expresión “asignaciones testamentarias”, tiene dos acepciones. Una de ellas denota las disposiciones del testamento en que se dejan herencias o legados. En este sentido, es indiferente decir “asignaciones” o “disposiciones testamentarias”. La otra acepción se refiere a las herencias o legados en sí mismos. Y así, se habla de “herencia testamentaria” o “asignación testamentaria”, de “legado” o “asignación testamentaria”.

La palabra “asignatarios” comprende los herederos y legatarios.

El legislador, según lo hacía notar en uno de los Proyectos (1), creyó conveniente emplear todas estas denominaciones generales, “para simplificar la expresión de las reglas que son comunes a las herencias y a los legados”, a los herederos y legatarios.

Requisitos de validez de las asignaciones testamentarias.—Las asignaciones o disposiciones testamentarias necesitan para su validez ciertos requisitos subjetivos y objetivos. Los primeros dicen relación con la persona del asignatario, y los segundos, con la asignación misma.

[índice](#)

REQUISITOS SUBJETIVOS

Enunciación.—Tres son los requisitos que deben concurrir en la persona del asignatario para que la disposición sea válida:

- a) Capacidad para suceder;
- b) Dignidad para suceder; y
- c) Ser persona cierta y determinada.

(1) Proyecto de 1841-1845, libro “De la sucesión por causa de muerte”, título IV, artículo 1.º

Ya nos hemos referido en el tomo anterior a los dos primeros requisitos; nos corresponde ahora ocuparnos del tercero.

Certidumbre y determinación del asignatario.—A ellas se refiere el artículo 1,056, al decir:

“Todo asignatario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre, o por indicaciones claras del testamento. De otra manera, se tendrá la asignación por no escrita”.

La certidumbre se refiere a la existencia del asignatario y la determinación, a su identidad, entendiéndose por tal “la cualidad de ser una persona la misma que se supone o busca”.

El heredero o legatario es persona cierta, cuando se sabe que existe; y es determinada, cuando se sabe quién es por las indicaciones claras del testamento.

La persona puede ser cierta pero indeterminada, como si se deja la asignación a “uno de los hijos de Arturo”, y éste tiene muchos hijos; o bien se instituye de heredero a Juan González, y hay dos o más personas de este mismo nombre, sin que se tenga otro medio cómo conocer a cuál de ellos se refiere el testador. Aquí la persona es cierta, porque existe Juan González, pero es indeterminada, porque se ignora quién es, o a cuál de ellos se refiere el testador (1).

El artículo 1,065 aplica esta misma doctrina, cuando prescribe:

“Si la asignación estuviere concebida o escrita en tales términos que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a ella”.

La persona puede ser determinada pero incierta: se deja una asignación a ~~un individuo muerto civilmente~~ a una corporación o fundación que no sea persona jurídica.

Téngase presente que la determinación del asignatario no entraña la necesidad imprescindible de señalar su nombre; basta con que haya en el testamento indicaciones claras que permitan determinarlo.

Cuando el heredero o legatario resulta individualizado por su solo nombre, se dice que el asignatario es una persona “determinada”, y cuando su identidad puede desprenderse de las indicaciones claras del testamento, se dice que es una persona “determinable”.

No vale la asignación en favor de persona incierta.—La asignación en favor de persona incierta, de acuerdo con el artículo 1,056, “se tendrá por no escrita”.

(1) José Clemente Fabres, “Obras Completas”, tomo X, nota 24, página 268.

Excepciones a la regla anterior.—La regla anterior admite dos excepciones: una, referente a las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan; y otra, relativa a la asignación que tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento.

Asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan.—Esta excepción a la regla general, se halla establecida en el artículo 962, inciso 3.º

“Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los ~~treinta~~ ^{veinte} años subsiguientes a la apertura de la sucesión”.

De lo indicado más arriba, fluye que el testador puede dejar de asignatario a una persona que ni siquiera conoce ni conocerá. En el Derecho Romano no ocurría otro tanto. Las disposiciones en favor de aquellas personas de que el testador no podía tener una noción precisa al tiempo en que testaba, eran consideradas nulas, porque tales personas, que se denominaban “*personæ incertæ*”, eran reputadas incapaces y las asignaciones, nulas. Y así, por ejemplo, eran nulas las disposiciones en favor de “quien primero concorra a mis funerales”, de “la persona que se case con mi hija”, etc.

La asignación se estimaba nula aun cuando el testador hubiera conocido, antes de fallecer, a la “*persona incertæ*” al momento de testar, como muy bien podía suceder en el caso del segundo ejemplo.

Los romanos prohibían las asignaciones en favor de las personas que el testador no conocía al momento de testar, porque consideraban que la institución de heredero o legatario era un título honroso que no podía conferirse a un desconocido. Sin embargo, más tarde, la prohibición fué muy atenuada. Justiniano permitió las asignaciones a determinadas personas que hasta entonces se habían mirado como inciertas.

El Derecho de las legislaciones modernas consagra preceptos similares a nuestro artículo 962, inciso 3.º, ya que el fundamento de la prohibición que pudo exhibir el antiguo Derecho Romano, no es ni podría ser racional hoy en día.

Asignaciones que tuvieren por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento.—La segunda excepción a la necesidad de la existencia del asignatario, para que la disposición sea válida, se encuentra en el artículo 963, inciso 2.º:

“Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal y, obtenida ésta, valdrá la asignación”.

Nótese que la validez de la asignación depende de la aprobación legal.

No vale la asignación en favor de persona indeterminada.—En conformidad al artículo 1,056, inciso 1.º, la asignación que se hace a una persona indeterminada, “se tendrá por no escrita”.

Y el artículo 1,065, consecuente, prescribe que “si la asignación estuviere concebida o escrita en tales términos, que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a ella”.

Excepciones a la regla anterior.—La ley, por excepción, reconoce valor a ciertas asignaciones indeterminadas: 1) las que se dejan indeterminadamente a los parientes; y 2) las destinadas a objetos de beneficencia.

Asignaciones que se dejan indeterminadamente a los parientes.—Lo que se dejare indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos de grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de representación, en conformidad a las reglas legales; salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en ese grado; pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato (artículo 1,064).

Aquí tenemos la peculiaridad de que el derecho de representación se aplica dentro de la sucesión testamentaria.

Cuando hay un solo pariente de grado más próximo, concurren con él en la sucesión los del grado inmediato, porque la ley presume que si el testador se ha referido a los parientes, significa que no ha querido dejar la asignación a uno solo.

Asignaciones dejadas a objetos de beneficencia.—Dice el artículo 1,056: “Valdrán, con todo, las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque no sean para determinadas personas”.

Se entienden por “asignaciones destinadas a objetos de beneficencia” las que persiguen hacer el bien.

Los incisos siguientes del artículo 1,056 analizan los diversos casos que pueden presentarse con respecto a las asignaciones: 1) las que se hicieren a un establecimiento de beneficencia, sin designarlo; 2) las que se dejen al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión; y 3) las que en general se dejan a los pobres.

Asignaciones que se hacen a un establecimiento de beneficencia sin designarlo.—Según el artículo 1,056, inciso 3.º, “las asignaciones que se hicieren a un establecimiento de beneficencia, sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la República designe,

prefiriendo alguno de los del departamento o provincia del testador". Pero esta disposición se halla modificada por el artículo 1.º de la ley N.º 4,699, de 2 de diciembre de 1929, que dice:

"Corresponderá a la Junta Central de Beneficencia percibir e invertir las asignaciones a que se refieren los incisos 3.º y 4.º del artículo 1,056 del Código Civil.

"La Junta Central invertirá el producto de la asignación en obras de beneficencia y asistencia social de la comuna, departamento o provincia del último domicilio del testador".

Asignaciones que se dejan al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión.—De acuerdo con el artículo 1,056, inciso 4.º, "lo que se deje al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia, y se sujetará a la disposición del inciso anterior". Pero también este precepto se halla modificado, y en los mismos términos que el inciso 3.º del artículo 1,056, por el artículo 1.º de la ley N.º 4,699, recién citado.

Actualmente, parecerá un poco extraña la disposición que comentamos; pero antiguamente era costumbre que el difunto instituyera de heredero o legatario a su propia alma. En la Edad Media, sobre todo, estuvieron muy en boga estas asignaciones, nacidas del fervor e inspiradas en la idea, que entonces propagaba con mucha energía la Iglesia, de no considerar que había muerto cristianamente quien no dejaba a favor y en sufragio del alma propia una parte de sus bienes (1). Durante la vigencia del Derecho Español en nuestro país, fueron también muy frecuentes esta clase de asignaciones.

No se puede, hoy en día, dejar bienes al alma, porque para adquirirlos es menester ser persona natural o jurídica, y el alma no lo es.

Pero nótese bien que para que se aplique el inciso 4.º del artículo 1,056 y el artículo 1.º de la ley N.º 4,699, es preciso que no se determine la forma de emplear los bienes en sufragio del alma, porque si se especifica su inversión, como si se dice: "Dejo diez mil pesos para misas en favor de mi alma", la voluntad del testador debe cumplirse, ya que la inversión se encuentra especificada. La asignación no pasa, pues, en este caso, a la Junta Central de Beneficencia.

Asignaciones que en general se dejan a los pobres.—Dice el último inciso del artículo 1,056: "Lo que en general se dejare a los pobres, se aplicará a la parroquia del testador".

(1) Víctor Polacco, "Las Sucesiones", tomo I, traducción castellana. La Habana, 1931.

Esta disposición ha sufrido diversas vicisitudes. Fué modificada por la Ley de Municipalidades, de 22 de diciembre de 1891, en lo relativo a los legados; y en el número 14 del artículo 26, que más tarde correspondió al N.º 10 del artículo 47 del decreto-ley 740 (sobre organización y atribuciones de las Municipalidades), de 7 de diciembre de 1925, se establecía que corresponde especialmente a la Municipalidad: "*Percibir y aplicar* a la beneficencia del territorio municipal los "legados" que, según el artículo 1,056 del Código Civil, se hicieren a un establecimiento de beneficencia sin designarlo, los que se dejan al alma del testador sin especificar de otro modo su inversión, y los que en general se dejaren a los pobres, entendiéndose que dichos legados deben pasar a la Municipalidad del territorio en que se hubiere abierto la sucesión del testador".

La ley 4,699 derogó expresamente el N.º 10 del artículo 47 del decreto-ley 740, y en uno de sus artículos legisló sobre las asignaciones dejadas a un establecimiento de beneficencia, sin designarlo, y las dejadas al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión; pero nada dijo sobre "lo que en general se dejare a los pobres".

El decreto N.º 1,642, de 18 de abril de 1934, que fija el texto definitivo del decreto-ley 740, y de la ley 5,357, de 15 de enero de 1934, sobre organización y atribuciones de las Municipalidades, tampoco contiene precepto alguno sobre "lo que en general se dejare a los pobres".

La cuestión estriba en saber a quién corresponden los "legados" de esta clase. Si se estima que la Ley de Municipalidades del año 1891 y el decreto-ley 740 derogaron, en lo que respecta a los legados, el último inciso del artículo 1,056, quiere decir que ellos a nadie corresponden: no pertenecerían a la Municipalidad, porque en la legislación actual ninguna disposición se los atribuye; y no podrían pasar a la parroquia del testador, porque se los substrajo un precepto de la Ley de Municipalidades. El hecho de que éste después haya sido derogado, nada significa, ya que la derogación de la ley derogatoria no hace revivir la ley derogada.

Pero si se considera que la Ley de Municipalidades sólo substrajo la "percepción y aplicación" de dichos legados, quiere decir que, como actualmente la Municipalidad no tiene dichas facultades, éstas corresponden a quien recibe la asignación: la parroquia del testador.

Esta última interpretación importa estrujar mucho el sentido de las cosas, pero sólo a ella se podría recurrir para sostener que a alguien pertenecen los legados que nos ocupan.

En la práctica, éstos son recibidos por la parroquia del testador, por la de su último domicilio, pero no porque la legislación de hoy en día claramente se los dé, sino que por razones ajenas al campo jurídico, como es la

armonía que debe reinar entre las instituciones laicas (Beneficencia) y las eclesiásticas, armonía que aquéllas no quieren turbar promoviendo una cuestión al respecto. índice

REQUISITOS OBJETIVOS

Concepto.—Requisitos objetivos son los que deben concurrir en la asignación misma. Consisten en que el objeto que se asigna sea determinado o determinable. De lo contrario, la disposición se tiene por no escrita (artículo 1,066).

Determinación del objeto de la asignación.—Las asignaciones, como sabemos, pueden ser a título universal y a título singular, y éstas, de especie o de género.

Toda asignación, cualquiera que sea su clase, debe ser determinada en su objeto.

En las asignaciones a título universal, lo determinado es la universalidad de los bienes del causante o una cuota de ellos y no, por cierto, los bienes que dicha universalidad o cuota comprenden.

Las asignaciones a título singular también deben ser determinadas o determinables. Los legados de especie deben determinarse o por lo menos es preciso que existan en el testamento las indicaciones que claramente permitan determinar las especies. Los legados de género deben tener determinados o determinables, igualmente, el género y la cantidad, porque de otra manera la asignación se tiene por no escrita.

Todo esto se halla prescrito en el inciso 1.º del artículo 1,066, que dice:

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

Excepción a la regla anterior.—“Sin embargo, dice el inciso 2.º del artículo 1,066, si la asignación se destinare a un objeto de beneficencia expresado en el testamento, sin determinar la cuota, cantidad o especies que hayan de invertirse en él, valdrá la asignación y se determinará la cuota, cantidad o especies, habida consideración a la naturaleza del objeto, a las otras disposiciones del testador, y a las fuerzas del patrimonio, en la parte de que el testador pudo disponer libremente.

“El juez hará la determinación, oyendo al defensor de obras pías y a los herederos; y conformándose en cuanto fuere posible a la intención del testador”.

Hay que observar que aunque la asignación se destine a un objeto de beneficencia, no sería válida si la indeterminación fuere a la vez objetiva y subjetiva. Ejemplo: "Dejo una parte de mis bienes para hacer el bien". Aquí es indeterminada la persona del asignatario y la cantidad de la asignación. Esta cláusula testamentaria sería nula, porque el artículo 1,066, al reconocer la validez de la disposición indeterminada, en cuanto a su objeto, discurre sobre la base de que esté determinada la persona, la institución de beneficencia. índice

PRECEPTOS QUE TIENDEN A AMPARAR LA LIBRE EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD
DEL TESTADOR

Las disposiciones captatorias no valen.—Según el artículo 1,059, "las disposiciones captatorias no valdrán. Se entenderán por tales aquéllas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos".

La ley repudia las disposiciones captatorias por un doble motivo: porque atentan contra el principio de la libertad de testar, y porque, en conformidad al artículo 1,463, los pactos sobre sucesión futura son nulos y de ningún valor; y una disposición captatoria equivale a un verdadero pacto sucesorio.

Debemos advertir que si el testador no expresa la condición de que el asignatario le deje parte de sus bienes, la disposición vale aunque este último asigne también en su testamento bienes para aquél. Y así, la jurisprudencia ha resuelto que no debe estimarse como disposición captatoria el hecho de que dos personas separadamente otorguen testamento ante el mismo notario, instituyéndose de herederos mutuamente. El marido había dejado de heredero a su mujer y ésta a aquél. Los tribunales consideraron que no existía disposición captatoria, porque la institución de heredero no estaba sujeta a la condición de que uno de los testadores instituyera de heredero al otro.

Forma en que el testador debe expresar su voluntad.—El testador debe expresar su voluntad espontáneamente y no respondiendo a sugerencias extrañas. Por eso, dice el artículo 1,060, que "no vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta".

Es fácil imaginar los abusos y fraudes que ocurrirían si no existiera este precepto.

No valen las asignaciones testamentarias en favor del funcionario que autoriza el testamento, de su cónyuge, de ciertos parientes suyos o de sus sirvientes asalariados.—Dice el artículo 1,061: “No vale disposición alguna testamentaria en favor del escribano que autorizare el testamento, o del funcionario que haga las veces de tal, o del cónyuge de dicho escribano o funcionario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o sirvientes asalariados del mismo.

“Lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos”.

Este artículo da origen a dos cuestiones: una, relativa a la validez de las asignaciones testamentarias dejadas al cónyuge, parientes o sirvientes asalariados de los testigos; y la otra, referente a las asignaciones testamentarias que se hacen en un testamento cerrado al funcionario, testigos, parientes, cónyuge y sirvientes asalariados de aquéllos.

¿Valen las asignaciones testamentarias hechas al cónyuge, parientes o sirvientes asalariados de alguno de los testigos?—Según el inciso 2.º del artículo 1,061, no vale asignación testamentaria alguna a favor de cualquiera de los testigos. Pero, cabe preguntarse, ¿valen las asignaciones que se hicieren a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o sirvientes asalariados? La redacción del inciso da margen para responder en forma afirmativa y negativa.

Algunos, como don Leopoldo Urrutia, sostienen la validez de tales asignaciones. Fundan su pensamiento en las siguientes razones:

1.º En la redacción del precepto. Si el legislador hubiera querido que se aplicaran a los parientes, cónyuge y sirvientes asalariados de los testigos la misma regla que a los del funcionario autorizante, no habría redactado la incapacidad de los testigos en un inciso aparte, sino que habría contemplado a éstos en el mismo inciso primero, junto al escribano o funcionario que hace sus veces, y así la inhabilidad habría comprendido claramente, y con menos palabras, a todos.

2.º Este artículo contempla una incapacidad, y las incapacidades son de derecho estricto; de manera que la interpretación no puede ser extensiva; es menester circunscribir la prohibición sólo a los testigos.

Otros, como don José Ramón Gutiérrez y don José Clemente Fabres, niegan la validez de las asignaciones dejadas a los parientes, cónyuge y sirvientes asalariados de los testigos. Basan su opinión en los siguientes argumentos:

1.º Porque donde hay la misma razón, debe haber la misma disposición; y la misma razón hay para hacer extensiva la prohibición al cónyuge, a los

parientes y criados del testigo, que para extenderla a las mismas personas respecto del funcionario autorizante. En ambos casos, se trata de asegurar la libertad de acción del testador y la imparcialidad del testimonio del notario y de los testigos (1).

2.º Porque las palabras "lo mismo" significan que todo lo que se ha dicho en el inciso 1.º respecto del funcionario o escribano, se aplica a los testigos; y como en dicho inciso 1.º se equiparan al funcionario o escribano sus parientes, cónyuge y sirvientes asalariados, "lo mismo" ha de ser respecto de los parientes, cónyuge y sirvientes de los testigos (2).

3.º Porque la historia de la ley, a través de los diversos proyectos, niega la validez de las asignaciones dejadas a las personas que nos ocupan (3).

La jurisprudencia ha sido incierta: ora se ha pronunciado por la primera doctrina (4), ora por la segunda (5).

El artículo 1,061, ¿se aplica también cuando se trata de un testamento cerrado?—Supongamos que en un testamento cerrado se hagan asignaciones a favor del escribano, de alguno de los testigos o de los parientes, cónyuge o sirvientes de aquéllos, ¿valdrían tales asignaciones? Podría alegarse que siendo cerrado el testamento no es razonable fundar una incapacidad sobre un hecho legalmente oculto e ignorado; y que, aun cuando el testador diera a conocer en privado sus disposiciones a los testigos o al funcionario, tampoco habría razón para incapacitar a éstos, porque el conocimiento sería extralegal y carecería de todo efecto en Derecho. Pero la letra de la ley no distingue entre testamentos abiertos o cerrados y, por ende, excluye esta interpretación que en muchísimos casos podría ser justa.

Crédito del funcionario autorizante o de los testigos o de sus parientes, cónyuges o sirvientes que sólo consta por el testamento.—Considerando que la ley prohíbe dejar asignaciones a las personas enumeradas en el artículo 1,061, bien se podría recurrir para beneficiarlos a fingir deudas en su favor y reconocerlas en el testamento; con otro nombre podría dejárseles así herencias o legados. Pero el legislador fué sagaz y previsor, y

(1) José Ramón Gutiérrez, "Sobre testamentos". Estudio publicado en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XV, correspondiente al año 1918. Véase la primera parte, página 209.

(2) José Clemente Fabres, "Obras Completas", tomo X, nota 8.ª, página 271.

(3) Proyecto de 1841, título III, artículo 10; Proyecto de 1846, título III, artículo 60; Proyecto de 1853, artículo 1,175. La disposición del Proyecto que sigue, el Proyecto Inédito, está redactada en los mismos términos que el artículo del Código; de manera que desde ahí empezó la dificultad.

(4) Gaceta de 1882, página 613, sentencia 1,045; Revista, tomo III, sección 2.ª, página 151, etc.

(5) Gaceta de 1876, página 428, sentencia 858; Gaceta de 1923, segundo semestre, página 506, sentencia 102, etc.

dijo en el artículo 1,062: "El acreedor cuyo crédito no conste sino por el testamento, será considerado como legatario para las disposiciones del artículo precedente".

Sabemos que "las disposiciones del artículo precedente" establecen la incapacidad para ser asignatario de las personas ahí indicadas; por lo cual, si en su favor se reconocen deudas que sólo constan por el testamento, quiere decir que ese reconocimiento no vale, porque para éste caso se consideran como legatarios y, como tales, nada pueden recibir.

El artículo 1,062 está relacionado con el 1,133, que dice:

"Las deudas confesadas en el testamento y de que, por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos y estarán sujetas a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase".

Los dos artículos son muy parecidos, pero presentan diferencias:

1.º El 1,062 se aplicó a las personas enumeradas en el 1,061; el 1,133 a todas las demás personas.

2.º Si las deudas de las personas indicadas en el artículo 1,061, sólo constan por el testamento, éstas nada reciben, porque son consideradas legatarios, en virtud de lo que dispone el artículo 1,062, y como tales son incapaces de recibir por expresa disposición del artículo 1,061. En cambio, las ~~deudas~~ confesadas en favor de personas no enumeradas en el artículo 1,061, y de que, por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se consideran legados gratuitos y por lo tanto pueden pagarse una vez satisfechos derechos preferentes.

3.º Otra diferencia que puede apuntarse entre los artículos 1,061 y 1,133, y que fluye de la letra de ambos, es la relativa a los medios de prueba de que puede valerse la persona considerada como legatario. En el primero, parece que la ley permitiera aducir la prueba testimonial, mientras que en el 1,133 exige la instrumental, "un principio de prueba por escrito".

Pero, en este supuesto, dice un autor, "¿cómo explicarse en el espíritu mismo de la ley, que abra la mano precisamente a los mismos que se ha propuesto cerrarla? ¿No quiere en el 1,062 alejar hasta la más remota posibilidad de que el escribano pueda abusar a la sombra de su sagrado ministerio de la voluntad del testador y de la confianza con que la sociedad lo favorece?" (1). La posibilidad del abuso no estaría alejada si se permitiera a los testigos y funcionario autorizante, como a su cónyuge, parientes y criados, servirse de la fácil y desprestigiada prueba de testigos para demostrar

(1) Rafael Sanhueza Lizardi, "Observaciones a algunos artículos de los libros III y IV del Código Civil". Memoria de 1876, publicada en el tomo I de la recopilación de "Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil Chileno", editada por Enrique C. Latorre, Santiago, 1888. Véase las páginas 294 ("in fine") y 295.

que el crédito que sólo consta por el testamento es efectivo, y evitar así que se considere como legado para los efectos del artículo 1,061.

La designación del asignatario no puede depender del puro arbitrio ajeno.—La elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno (artículo 1,063).

Ejemplo de elección que depende absolutamente del arbitrio ajeno: "Dejo mil pesos a la persona que designe Juan Antonio".

Ejemplo de elección entre cierto número de personas que depende del puro arbitrio ajeno: "Dejo mi biblioteca jurídica al alumno de la Escuela de Derecho que indique el Decano respectivo".

Cumplimiento de una asignación dejada al arbitrio de un heredero o legatario.—Si el cumplimiento de una asignación se dejare al arbitrio de un heredero o legatario, a quien aprovecharse rehusarla, será el heredero o legatario obligado a llevarla a efecto, a menos que pruebe justo motivo para no hacerlo así. Si de rehusar la asignación no resultare utilidad al heredero o legatario, no será obligado a justificar su resolución, cualquiera que sea (artículo 1,067, inciso 1.º). X .

El provecho de un ascendiente o descendiente, de un cónyuge o de un hermano o cuñado, se reputará para el efecto de esta disposición, provecho de dicho heredero o legatario (artículo 1,067, inciso 2.º).

Caso en que al heredero o legatario aprovecha rehusar el cumplimiento de la asignación: "Dejo cinco mil pesos a Federico, si mi heredero estima que les merece; de lo contrario, serán para éste". Si el heredero no prueba justo motivo en virtud del cual rehusa, como sería el que Federico hubiera difamado al testador después de muerto, será obligado a llevar a efecto la asignación.

Ejemplo en que al heredero o legatario no le resulta utilidad rehusar la asignación: "Dejo mil pesos a Pedro o a Pablo, según lo disponga mi heredero". Si éste entrega la asignación a Pablo, no tiene por qué expresar la causa por la cual no se la dió a Pedro, ya que al heredero, si no tiene vínculos de parentesco con Pablo, no le reporta utilidad su resolución.

índice

INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Concepto.—Sobre las reglas dadas en el título "De las asignaciones testamentarias", 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 (artículo 1,069, inciso 1.º).

Para conocer la voluntad del testador, se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido (artículo 1,069, inciso 2.º).

La redacción de este artículo ha sido criticada. La regla de que la voluntad del testador, manifestada claramente, debe prevalecer sobre la voluntad presunta, es general; de modo que no debió emplearse la frase "en este título" (título "De las asignaciones testamentarias") que aparece en el inciso primero.

Fundamento y fin de la anterior regla de interpretación.—La disposición del inciso 1.º del artículo 1,069 no puede ser más justa. El testador, como dueño absoluto de sus bienes, puede disponer de ellos como mejor le plazca, siempre que no contraríe los requisitos o prohibiciones legales.

Si no se cumpliera lo dispuesto en el inciso 2.º, el testador con frecuencia sería burlado en sus propósitos por sus mismas palabras, pues no todos los testadores son personas ilustradas y capaces de hacer un testamento claro y preciso.

Como es posible observar, la regla de interpretación de las disposiciones testamentarias difiere de las normas de interpretación de la ley, en que el tenor literal tiene importancia preponderante. Y es lógico: el legislador es una persona ilustrada que, según es natural presumirlo, emplea los términos adecuados para expresar su pensamiento, lo que, como hemos dicho, no ocurre tratándose de la mayoría de los testadores.

La interpretación de los testamentos es una cuestión de hecho.—Conforme lo ha resuelto uniformemente la jurisprudencia, la interpretación de las disposiciones testamentarias es una cuestión de hecho y, por lo tanto, la Corte Suprema carece de facultad para modificar la interpretación que han dado los tribunales de fondo.

Pero si en la interpretación de una disposición testamentaria, los tribunales de fondo infringen un precepto legal, la Corte Suprema, indudablemente, podría modificar dicha interpretación. Ejemplo: si un tribunal, interpretando una cláusula del testamento, llega a la conclusión de que constituye usufructo, y en realidad, de acuerdo con los preceptos legales constituye fideicomiso, la Corte Suprema podría revocar lo resuelto por el tribunal de fondo, porque habría violación de ley.

Error en el nombre o calidad del asignatario.—El mismo Código nos indica algunos casos en que la voluntad del testador debe ser interpretada de acuerdo con su genuino sentido y no ateniéndose a la letra de la disposición que puede ser producto del error. Y así, nos dice, en el artículo

1,057, que "el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona". Porque se presume que el testador a quien quiso favorecer es al individuo de por sí y no por consideración a su nombre o calidad.

Asignación motivada por un error de hecho.—La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, ~~se tendrá por no escrita~~ (artículo 1,058).

Es natural que si la asignación tiene su motivo y éste resulta erróneo, se tenga por no escrita. Ejemplo: si Pedro deja una asignación a Guillermo, fundado en la creencia de que éste le salvó la vida, y resulta que el salvador fué otra persona. índice

DIVERSAS CLASES DE ASIGNACIONES

Clasificación.—Las asignaciones, según la extensión, se clasifican en: a ~~título universal y a título singular~~.

Son asignaciones a título universal las que comprenden todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del testador, o una cuota de ellos.

Son asignaciones a título singular las que abarcan una o más especies o cuerpos ciertos (como tal caballo, tal casa); o una o más especies indeterminadas de cierto género (como un caballo, cuarenta fanegas de trigo).

Las asignaciones testamentarias, tanto a título universal como singular, ~~pueden ser puras y simples, o sujetas a modalidades~~, según que el objeto de la asignación pase al asignatario sin o con modalidades.

Las modalidades de las asignaciones pueden ser: la condición, el plazo o el modo. De aquí que haya asignaciones condicionales, a día o plazo y modales.

Las asignaciones puras y simples no necesitan explicación alguna; pero sí las sujetas a modalidades, que originan gran complicación, hasta el punto de ser preciso proceder en ello por medio de un exacto análisis, para llegar, distinguiendo los conceptos, a su verdadera comprensión.

Comenzaremos nuestro estudio con las asignaciones condicionales. índice

ASIGNACIONES CONDICIONALES

Definición.—Asignación condicional es, en el testamento, aquélla que depende 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 al negativo (artículo 1,070, inciso 2.º).

Reglas a que se sujetan las asignaciones condicionales.—Dice el artículo 1,070, inciso 3.º:

“Las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título “De las obligaciones condicionales”, con las excepciones y ~~modalidades~~ que van a expresarse”.

*oficio-
iones.* Las asignaciones o disposiciones condicionales, agrega el artículo 1,079, que establecen fideicomisos y conceden una propiedad fiduciaria, se reglan por el título “De la propiedad fiduciaria”. X

Asignación bajo condición suspensiva y bajo condición resolutoria.—En la asignación condicional, la condición puede ser suspensiva o resolutoria. Como la condición suspensiva impide el nacimiento o adquisición del derecho, mientras está pendiente el asignatario no tiene ningún derecho. Por el contrario, el asignatario bajo condición resolutoria, tiene su derecho y es únicamente la extinción de él lo que está sujeto a condición.

Asignaciones bajo condición suspensiva.—El asignatario bajo condición suspensiva no adquiere la asignación. Dispone el artículo 1,078 que mientras pende la condición suspensiva, el asignatario no tiene derecho alguno, sino el de impetrar medidas conservativas. Y consecuente, el artículo 962, inciso 2.º, establece que si la asignación es condicional, se requiere que el asignatario no sólo exista al momento del fallecimiento del causante, sino también al momento de cumplirse la condición. E igualmente, como una consecuencia de lo mismo, el artículo 956, al hablar de la delación, dice que la delación de la asignación condicional se efectúa cuando se cumple la condición. Las asignaciones condicionales bajo condición suspensiva se defieren en el momento de cumplirse la condición.

De esta circunstancia se deduce otra. En conformidad al artículo 1,078, si fallece el asignatario bajo condición suspensiva antes de cumplirse la condición, nada transmite a sus herederos. Dice el testador: “Dejo mil pesos a Pedro, cuando se reciba de abogado”. Si Pedro fallece antes de recibirse de abogado, nada transmite a sus herederos. Porque no existió al momento de cumplirse la condición, requisito básico para suceder. En esto hay una diferencia notable entre la asignación condicional y la obligación condicional. Porque tratándose de la obligación o derecho condicional, el artículo 1,492 establece la regla opuesta: si fallece el acreedor condicional, como tiene un germen de derecho, lo transmite a sus herederos.

Cumplida la condición, el asignatario no tiene derecho a los frutos percibidos durante el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido.

Condición que consiste en un hecho presente o pasado.—El artículo 1,071 se pone en el caso que se haya puesto como condición un hecho presente o pasado. Como es de la esencia que sea futuro, no hay realmente condición. Dispone el artículo que si el hecho se ha verificado, se entiende que la asignación es pura y simple; si no se ha verificado, no es válida.

Lo pasado, presente y futuro, se entiende con relación al momento de testar, a menos que se exprese otra cosa.

Condición que consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador.—El artículo 1,072 se pone en el caso que se haya impuesto como condición un hecho que se ha realizado en vida del testador, y entonces, si el testador sabía que había ocurrido, hay que distinguir según que el hecho es o no de aquéllos que se puede repetir. Si admite repetición y el testador lo supo, es porque desea que se repita; si lo supo, y el hecho es de aquéllos cuya repetición es imposible, se mirará la condición como cumplida; y si el testador no lo supo, se mirará la condición como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho.

Condición de no impugnar el testamento.—El artículo 1,073 dice que la condición de no impugnar un testamento no vale con respecto a los requisitos de forma. Dice el testador: "Dejo mil pesos a Juan con la condición de que no impugne mi testamento". Esta condición puede sólo recibir aplicación en cuanto Juan se comprometa a no impugnar el testamento por falta de requisitos internos (porque alguno de los asignatarios es incapaz o indigno); pero no en cuanto a los requisitos externos. Si llega a hacerlo, no pierde su asignación. Y ello por la importancia que da el legislador a la exigencia de cumplir las solemnidades en el testamento, por cuanto son de orden público y no admiten derogación.

El matrimonio como condición.—Los artículos siguientes se refieren en general al hecho del matrimonio puesto como condición. El artículo 1,074 dice que no vale la condición según la cual una persona no debe contraer matrimonio, salvo que se limite a no contraerlo a la edad de 25 años o menos. "Dejo mil pesos a Juan, siempre que permanezca célibe". Asignación que no vale, porque el legislador estima que el matrimonio es la base de la familia y ésta el fundamento más sólido de la sociedad, y propende, por lo tanto, a la celebración de los matrimonios. Pero si se limita a la edad de 25 años o menos, entonces es válida, porque el testador puede tener sus razones para que el asignatario no contraiga matrimonio antes de esa edad.

El artículo 1,075 dice que se aplica la misma regla a la condición de

permanecer en estado de viudedad, a menos que el asignatario tenga hijos de anterior matrimonio al deferírsele la asignación. El artículo 1,076 agrega que no se opone a lo dicho en los artículos anteriores la circunstancia que el testador provea a la subsistencia de una mujer, mientras permanezca soltera o viuda, dejándose por este tiempo un usufructo, un derecho de uso y habitación o una pensión periódica. "Dejo a mi prima Isabel una pensión de trescientos pesos, mientras permanezca soltera". Es pensión válida

El artículo 1,077 reconoce valor a la condición de contraer matrimonio con una persona determinada o de abrazar un estado o una profesión que sea permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio. "Dejo 100 a Juan con tal que contraiga matrimonio con María". "Dejo 100 a Juan con tal que no se case con María". "Dejo 100 a Juan si se recibe de abogado". "Dejo mis bienes a Pedro si se hace sacerdote".

Asignaciones bajo condición resolutoria.—En este caso, el asignatario se reputa puro y simple. Se le defiere la asignación al abrirse la sucesión.

Lo que está en suspenso es la "extinción" del derecho. Cumplida la condición, debe éste restituirse. Si falla, queda la asignación como pura y simple.

Todo esto por aplicación de las reglas generales.

[índice](#)

ASIGNACIONES A PLAZO O DIA

Concepto.—El plazo puede ser definido como el período de tiempo fijado para entrar al goce de un derecho o para terminar en su goce.

También se dice que es un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o extinción de un derecho.

Reglas a que se sujetan las asignaciones a plazo.—Las indica el artículo 1,080, al decir:

"Las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a "plazos" o "días" de que dependa 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".

Plazo suspensivo y plazo extintivo.—El plazo puede ser suspensivo o primordial y extintivo o final. El primero fija el día "desde" el cual va a comenzar el ejercicio del derecho ("ex die"); y el segundo, el día en que el derecho terminará ("ad diem").

Ejemplo de plazo suspensivo: "Dejo a Pedro una pensión de mil pesos desde el 1.º de enero de 1939".

Ejemplo de plazo extintivo: "Dejo a Luis tal casa hasta el día de la muerte de su hermano".

El plazo, (cualquiera que sea) no afecta a la "existencia" del derecho; sólo ~~afecta a su ejercicio~~.

El asignatario a plazo adquiere el "dominio" de la cosa en el momento de fallecer el testador. Sólo no puede exigir la entrega de la cosa antes de la llegada del día fijado (artículo 1,084).

Días ciertos e inciertos; determinados e indeterminados.—El día es cierto si necesariamente ha de llegar, como el de la muerte de una persona.

Es incierto, si puede llegar o no, como el día en que una persona se case.

Día determinado es el que se sabe cuándo ha de llegar.

Y es indeterminado el que no se sabe cuándo ha de llegar, como el día de la muerte de una persona.

Combinación entre días ciertos e inciertos con determinados e indeterminados.—Aparece expuesta en el artículo 1,081, que dice:

"El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador.

Es cierto, pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo; como el día de la muerte de una persona.

Es incierto, pero determinado, si puede llegar o no, pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.

Finalmente, es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case".

El Código, al fijar la división anterior, lo hace para precisar cuándo la asignación a día importa un plazo y cuándo una condición, porque no toda asignación a día entraña una condición, ni tampoco toda asignación a día entraña un plazo.

A continuación veremos esto claramente.

ASIGNACIONES DESDE TAL DÍA

Estudiaremos las asignaciones desde tal día en relación con cada una de las combinaciones de días:

continuar

La asignación desde tal día cierto y determinado constituye un plazo.—“Dejo a Juan una pensión periódica de \$ 100 desde el 1.º de enero de 1940”. Por eso, el artículo 1,084 dice que el asignatario adquiere la cosa asignada desde el fallecimiento del causante y podrá enajenarla o transmitirla, pero no reclamar su goce antes que llegue el día. Y agrega que si en esta asignación el testador impone además la obligación de que el asignatario “exista” al llegar el día, se transforma en condicional. “Dejo a Juan una pensión periódica de \$ 100 desde el 1.º de enero de 1940, siempre que exista a esa fecha”. Se ha agregado un hecho incierto, y por eso la asignación se transforma en condicional.

La asignación desde un día cierto pero indeterminado, es siempre condicional, y envuelve la condición de existir el asignatario a la llegada del día. Lo dice el artículo 1,085. “Dejo mi casa a Juan desde que fallezca Antonio”. Hay una condición: que Juan existía el día del fallecimiento de Antonio. Pero puede suceder que sea completamente cierto que el asignatario va a existir ese día (como cuando la asignación es a favor de un establecimiento permanente); entonces, la incertidumbre se transforma en asignación a plazo (inciso 2.º). “Dejo a la Universidad de Chile una pensión de \$ 100 desde el fallecimiento de Juan”.

La asignación desde un día incierto pero determinado, es siempre condicional.—Lo dice el artículo 1,086. “Dejo a Juan una pensión de \$ 100 desde que Pedro llegue a los veinticinco años”. Condicional, porque no se sabe si Pedro llegará a los veinticinco años y si Juan existirá entonces.

La asignación desde un día incierto e indeterminado siempre envuelve una condición.—De acuerdo con esto los artículos 1,086 y 1,083. “Dejo a Juan mi casa, si se recibe de abogado”.

En resumen, la asignación desde tal día, por regla general, importa una condición, salvo el caso que el día sea cierto y determinado.

ASIGNACIONES HASTA TAL DÍA

La asignación hasta un día cierto y determinado constituye un plazo (artículo 1,087).—“Dejo a Pedro el goce de mi casa hasta el 1.º de enero de 1940”. Hay un plazo, y encierra un usufructo.

La asignación hasta un día cierto pero indeterminado, envuelve un plazo (artículo 1,087).—“Dejo a Pedro el goce de mi casa hasta su muerte”.

La asignación hasta un día cierto pero determinado, también constituye un plazo (artículo 1,088).—“Dejo el goce de mi casa a Pedro hasta que Juan cumpla veinticinco años”.

La asignación hasta un día cierto e indeterminado es condicional (artículo 1,083).—“Dejo a Pedro el goce de mi casa hasta que contraiga matrimonio”. El hecho de contraer matrimonio es un hecho incierto e indeterminado, de carácter condicional.

Asignaciones de pensiones periódicas.—El artículo 1,087, inciso 2.º, establece que las asignaciones de pensiones periódicas terminan con la muerte del pensionario; no pasan a los herederos. Y si la asignación periódica se dejare a un asignatario que ha de sobrevivir, como una persona jurídica, establece el inciso 3.º que no podrá pasar más allá de treinta años. “Dejo a la Universidad una pensión periódica de \$ 100”. La cortapisa se explica porque la persona jurídica tiene existencia ilimitada. La Corte Suprema hace aplicación de este inciso 3.º en sentencia de 12 de noviembre de 1920, “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo 19, sección I, ^{2.ª} pág. 517. -

En resumen, la asignación hasta tal día envuelve generalmente un plazo, salvo el caso que el día sea incierto e indeterminado, pues entonces envuelve una condición.

Importancia de determinar si la asignación es a plazo o condicional.—Tiene bastante importancia práctica, no sólo doctrinaria, saber si la asignación es a plazo o condicional. Porque, cuando la asignación es a plazo, vamos a estar en presencia de un usufructo; y cuando es condicional, en presencia de un fideicomiso.

Estos artículos pueden dar origen a muchas dificultades. En sus anotaciones al proyecto del 53, al margen de los artículos 1,087 y 1,088, Bello pone una serie de casos bastante interesantes en que existe duda acerca de la presencia de un usufructo o fideicomiso. Helos aquí:

“Artículo 1,087. Pudiera parecer que este artículo está en oposición con el anterior: si se deja el objeto a Pedro hasta su muerte, y a Juan desde la muerte de Pedro, resulta que por el artículo 1,086 Pedro es usufructuario, y por el artículo 1,087 Juan es fideicomisario. ¿Quién es el nudo propietario respecto de Pedro, y el propietario fiduciario respecto de Juan? Parece que si Pedro es usufructuario, Juan es nudo propietario desde la muerte del testador, y no existe fideicomiso; y si, viceversa, se considera a Juan como fideicomisario, no existe verdadero usufructo, sino propiedad fiduciaria en Pedro.

Pero no es así: determinemos la asignación presentando el conjunto

de las otras disposiciones que le son correlativas: "Instituyo heredero universal a Francisco; el cual dará mi hacienda tal a Pedro para que goce de ella hasta su muerte; y después de los días de Pedro pasará dicha hacienda a Juan". Francisco es nudo propietario respecto de Pedro, y propietario fiduciario respecto de Juan: si no existe Juan al tiempo de la muerte de Pedro, vuelve la hacienda al heredero, el cual, como nudo propietario, tiene el derecho de pedir a Pedro la competente seguridad de conservación y restitución.

Id. id. Castillo, libro 4., tomo 45, números 33, 34, 35. "Dejo mi hacienda tal a Pedro, que gozará de ella hasta su muerte". Muerto Pedro, pasa la hacienda a la persona señalada por el testador o a los herederos del testador. La persona señalada por el testador sería meramente un fideicomisario, según el artículo 1,084; y no existiendo ésta al momento de la muerte de Pedro, pasaría la hacienda a los herederos del testador, aun cuando no hubieran sido substituídos expresamente a esa persona.

"Dejo mi hacienda tal a Pedro, con el cargo de dejarla después de sus días a Juan". Juan es fideicomisario, según el artículo 1,084, y si muere antes que Pedro, caduca el gravamen impuesto a éste, y Pedro retiene la hacienda sin cargo de restitución. La asignación es un verdadero fideicomiso.

Artículo 1,088, inciso 1.º "Instituyo heredero universal a Marcos, doy los frutos de mi hacienda tal a Antonio, *hasta* que cumpla veinticinco años". Antonio es usufructuario. No es necesario advertir que si muere antes de cumplir esa edad, se consolida el usufructo con la propiedad en la persona del heredero.

Id. id., inciso 2.º "Tiburcio gozará de tal hacienda hasta que Sempronio, a quien la dejo en propiedad, cumpla veinticinco años". Se da un usufructo a Tiburcio; pero si muere Sempronio antes de llegar a esa edad, ¿cesará entonces el usufructo? ¿O para que cese, deberá aguardarse el día en que Sempronio, si viviese, cumpliría los veinticinco años? Debe estarse a lo segundo, porque según se presenta la hipótesis la asignación es enteramente en favor de Tiburcio, y no hay motivo para creer que el testador haya querido dar a los herederos de Sempronio mejor derecho que al mismo Sempronio. Arg. l. 18, § 2 *De alim. leg.* et l. 5 C. *Quando dies*, et l. 36. *De Condit*".

[índice](#)

ASIGNACIONES MODALES

Concepto.—El artículo 1,089 dice que "si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación, es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no sus-

pende la adquisición de la cosa asignada". Por eso, podemos definir el modo como la carga impuesta a quien se otorga una liberalidad, o también como la obligación anexa a una asignación.

Algunos ejemplos de asignaciones modales: "Dejo a Pedro \$ 1,000 con la obligación que dé a Juan una pensión periódica de \$ 100 mensuales": A Pedro se impone la carga de dar a Juan una pensión periódica. "Dejo a Pedro heredero universal, con la obligación que construya un hospital para niños"; el modo: construir el hospital.

Diferencias entre el modo y la condición.—Como lo dice el artículo 1,089, el modo es algo distinto de la condición suspensiva. Porque el asignatario bajo condición suspensiva, mientras está pendiente la condición, no adquiere la cosa asignada; en cambio, el asignatario modal la adquiere desde el primer momento, desde el fallecimiento del causante, y no es óbice para ello la existencia del modo. Tampoco por el hecho de existir un modo va a estar el derecho del asignatario sujeto a resolución, porque, por regla general, si el asignatario modal no cumple el modo no se resuelve su derecho.

Adquiere la cosa asignada desde el fallecimiento del testador, y por eso el artículo 1,091 dice que el asignatario modal no necesita rendir fianza o caución para entrar en el goce de la cosa asignada.

Fuera de esta diferencia fundamental entre el modo y la condición, hay otras, de menor importancia.

1) La condición no admite cumplimiento por equivalencia; debe cumplirse literalmente en la forma convenida. El modo, en el caso del artículo 1,093, admite cumplimiento por equivalencia;

2) En la obligación condicional hay condición resolutoria tácita (artículo 1,489); en cambio, en el modo la cláusula resolutoria debe pactarse expresamente;

3) Cuando se aplica en el modo la cláusula resolutoria, debe devolver el asignatario inclusive los frutos de la cosa asignada. En cambio, una vez que opera la condición resolutoria, el acreedor condicional no está obligado a devolverlos (artículo 1,488).

En la asignación modal, por regla general, hay dos personas interesadas: el asignatario y el tercero que es favorecido con la carga impuesta al asignatario. "Dejo \$ 100 a Pedro con la obligación de dar una pensión periódica de \$ 10 a Juan". Pedro y Juan son los interesados. En consecuencia, cabe preguntarse: ¿En quién deben cumplirse las condiciones necesarias para suceder? La verdad es que en la asignación modal el verdadero asignatario es aquél a quien se deja la asignación, Pedro, y, por lo tanto, en él deben concurrir dichas condiciones; y el hecho de que al beneficiario le

falten algunas condiciones para suceder, no es óbice para suceder. Por eso, la Corte Suprema (28 de octubre de 1913, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 12, sección I, página 107), declaró que era perfectamente válida una asignación en que se dejaba a los hijos la cuarta de mejora con la obligación de socorrer a algunos parientes pobres. Se quiso anular la cláusula por indeterminación de los parientes pobres; pero la Corte dijo que los asignatarios eran los hijos del testador, los cuales estaban determinados. Además, en sentencia de 6 de junio de 1909 ("Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 6, sección I, página 481) resolvió que no era nula una asignación modal por el hecho de que la persona favorecida con el modo no gozase de personalidad jurídica (por el hecho de ser incapaz para suceder), porque la capacidad debía concurrir en el asignatario.

Esta cuestión tiene mucha importancia, porque, en conformidad al artículo 966, no vale la asignación a un incapaz, aun cuando se le disfrace de un contrato oneroso o se haga por interpósita persona. Por lo tanto, hay que distinguir entre la asignación modal, en la cual el beneficiario va a suceder no obstante ser incapaz y la asignación que se deja a un incapaz por interpósita persona. En un momento dado puede ofrecer dudas. "Dejo \$ 100 a Pedro con la condición de dar una renta de \$ 10 a Juan". Juan es incapaz. Hay interpósita persona. Por eso, distinguir en un caso dado entre estas dos asignaciones, es cuestión de hecho y no puede darse una regla general.

El artículo 1,089 habla de "si se asigna algo a una persona". Y la jurisprudencia de la última sentencia resolvió con razón que el asignatario podía ser tanto a título universal como a título particular, heredero o legatario. Y tan válida sería la estipulación "nombro a Pedro heredero universal con la carga de que funde un hospital", como esta otra: "Dejo \$ 1.000,000 a Pedro con la obligación de fundar un hospital".

El cumplimiento de la asignación modal.—Por regla general, si el asignatario modal no cumple con la carga impuesta en el testamento, no se resuelve la asignación, y el favorecido con el modo sólo tiene derecho a exigir su cumplimiento, lo cual hará por los medios ordinarios: ejecución forzada, indemnización de perjuicios, derechos auxiliares, etc.

Esto acontece cuando el beneficiario es persona determinada. También puede ser persona indeterminada; entonces, en conformidad al artículo 1,291, le corresponde al albacea de la asignación exigir el cumplimiento del modo.

En conformidad al artículo 1,092, el modo puede también favorecer exclusivamente al asignatario; en tal caso, no impone obligación alguna, salvo

que exista cláusula resolutoria. "Dejo \$ 100,000 a Pedro para que los invierta en el mejoramiento de su fundo "El Porvenir".

En suma, el modo puede establecerse en beneficio: de persona determinada, de persona indeterminada y del propio asignatario.

Cláusula resolutoria.—La cláusula resolutoria es aquella en virtud de la cual si el asignatario no cumple con el modo, está obligado a devolver la cosa asignada con los frutos que ella ha producido; de acuerdo con el artículo 1,090. Y agrega, en el inciso 2.º, que esta cláusula debe ser puesta expresamente por el testador, no se presume, a diferencia de la condición resolutoria tácita. Sin embargo, hay una excepción. En conformidad a la ley 4,827, sobre Comisiones de Confianza de los Bancos, pueden ser instituídos asignatarios modales los Bancos que ella determina; y, cuando lo son, de acuerdo con la letra g) de su artículo 1.º, se subentiende que hay cláusula resolutoria, aun cuando nada diga el testador. Dice el artículo 1.º de la ley 4,827, de 17 de febrero de 1930: "Los Bancos comerciales y los Bancos hipotecarios podrán desempeñar las siguientes comisiones de confianza, en conformidad a las disposiciones del título VII de la primera parte del decreto-ley N.º 559, de 26 de septiembre de 1925, sobre Ley General de Bancos: g) Ser asignatarios modales cuando el modo ha sido establecido en beneficio de terceros. En tales casos, se entenderá que la asignación modal envuelve siempre cláusula resolutoria. No regirá para los Bancos el mínimum de remuneración que señala el artículo 1,094 del Código Civil".

Puntos relacionados con el cumplimiento del modo.—La ley no ha dicho quién puede solicitar la resolución en el caso de la cláusula resolutoria. Aplicando las reglas generales, según las cuales la acción nace como una consecuencia del interés que tiene una persona, hay que concluir que pueden solicitarla: 1) la persona favorecida con el modo; y 2) los otros herederos que haya dejado el testador. Ambos tienen interés en que se resuelva la asignación, porque, en conformidad al artículo 1,096, en caso de resolverse la asignación, el juez asignará a la persona favorecida con el modo una cantidad de dinero proporcionada al objeto, y el resto pasará a aprovechar a los otros herederos.

Tampoco estatuye sobre el plazo que tendrían los interesados para solicitar la resolución. Hay que concluir que sería el de 10 años, en conformidad a las reglas generales de los artículos 2,514 y siguientes.

Por regla general, el cumplimiento del modo se transmite a los herederos del asignatario. Si el modo, dice el artículo 1,095, consiste en un hecho tal que, para el fin que el testador se haya propuesto, sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario.

Puede acontecer que el testador no hubiere establecido en el testamen-

to la forma de cumplir el modo y el tiempo que tendría para ello el asignatario. En este caso, el artículo 1,094 llama al juez a interpretar este silencio, y él determinará ambas cosas, consultando, en lo posible, la voluntad del testador. (Este artículo suministra un ejemplo de plazo judicial). Pero, como dice la misma disposición, cuando el juez indique la forma de cumplimiento, debe dejarse al asignatario modal por lo menos una utilidad que ascienda a la quinta parte del valor de la cosa asignada. Porque el artículo 1,089 dice en su definición: "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo..." Discurre sobre la base de que el asignatario tenga un beneficio.

Este artículo 1,094 está también modificado en el caso de ser un Banco el asignatario modal, porque de acuerdo con la letra g) del artículo 1.º de la ley 4,827, no rige el minimum de la quinta parte, sino que el juez debe asignar al Banco asignatario la participación o utilidad que crea conveniente.

Imposibilidad en el cumplimiento del modo.—El modo puede ser imposible de cumplir. Pueden presentarse diversos casos de imposibilidad en el cumplimiento del modo:

1) El incumplimiento del modo puede ser absoluto. Esta imposibilidad va a existir desde el mismo momento que el testador constituye el modo. Lo será en los casos que indica el artículo 1,093, inciso 1.º, según el cual si el modo es constitutivo de un hecho imposible de cumplir o ilegal o inmoral o concebido en términos ininteligibles, es nula la disposición. "Dejo \$ 100 a Juan con tal que establezca un lenocinio". Como el modo es inmoral, se entiende que vicia la disposición, la cual es toda nula.

2) La imposibilidad sólo es de carácter relativo y no puede cumplirse el modo en la forma establecida por el testador. Según el inciso 2.º, corresponde al juez, ciñéndose en lo posible a la voluntad del testador y citando a los interesados, establecer cómo se va a cumplir el modo. Hay dos particularidades: la imposibilidad es de carácter relativo, y puede cumplirse el modo por analogía. Ha dejado la asignación a determinada institución de Beneficencia, pero que ya no existe; por analogía, puede cumplirse el modo dejando la asignación a otra institución de Beneficencia similar. El modo puede cumplirse por equivalencia.

3) Imposibilidad de cumplir sin culpa o hecho de parte del asignatario; cesa toda obligación, se extingue la obligación para el asignatario. En realidad, en este caso, ha operado la imposibilidad de la ejecución como forma de extinguir las obligaciones. Se deja una asignación para que un profesor europeo venga a crear un instituto de radium; pero no pudo venir o el ra-

dium no se pudo obtener. No hay hecho ni culpa del asignatario y, por lo tanto, cesa la obligación y la asignación subsiste sin el gravamen (artículo 1,093, inciso 3.º).

[índice](#)

ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL

Generalidades.—De acuerdo con el artículo 951, la asignación es a título universal, cuando el asignatario recibe todos los bienes del difunto o una cuota de ellos.

El artículo 1,097 dice que los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador, le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles y son obligados a las cargas testamentarias, salvo que se impongan a determinadas personas. El testador puede decir: "Legó todos mis bienes al legatario Pedro". No obstante, Pedro no es legatario, sino heredero, esto es, asignatario a título universal.

En seguida, para calificar a un asignatario de heredero o legatario, tampoco hay que atender al beneficio que en definitiva va a reportarle la asignación. Porque es posible que obtenga un mayor beneficio un legatario que un heredero. Es lo que acontecerá cuando la herencia estuviere demasiado gravada.

Efectos que producen las asignaciones a título universal.—Como dice el artículo 1,097, los asignatarios a título universal representan a la persona del testador, son sus sucesores. Hay una verdadera subrogación personal. Todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante pasan al heredero. Por eso está éste obligado a pagar las deudas hereditarias en forma ilimitada, si no acepta la herencia con beneficio de inventario. También, por regla general, está obligado a soportar las cargas testamentarias, salvo que el testador las imponga a determinada persona.

Características del heredero.—1) El heredero adquiere la asignación desde el momento del fallecimiento del causante, por el solo ministerio de la ley, por el modo sucesión por causa de muerte.

2) Como establecen los artículos 722 y 688, también adquiere la posesión legal de la herencia por el solo fallecimiento del mismo.

3) Puede solicitar la posesión efectiva de la herencia.

4) Está premunido de la acción real de petición de herencia, que contempla el artículo 1,264; y hará uso de ella cuando un tercero posea la herencia invocando su carácter también de heredero.

5) Si fuere un legítimo o cónyuge sobreviviente y se le privare de su legítima porción conyugal, el artículo 1,216 les da la acción de reforma del testamento.

6) Cuando son varios los herederos, se crea entre todos ellos una comunidad en los bienes de la herencia, y el artículo 1,317 da a cada comunero la acción de partición, cada uno tiene derecho a pedir que cese la comunidad.

7) El heredero puede ser tanto testamentario como abintestato.

8) Una herencia se puede adquirir tanto por derecho personal como por derecho de representación.

9) Una herencia se puede adquirir también por transmisión.

CLASES DE HEREDEROS

Pueden ser de tres clases: universales, de cuota y del remanente.

I. *Heredero universal* viene a ser aquél que recibe la totalidad de los bienes del difunto. La idea de heredero universal implica la no existencia de otro heredero. "Sea fulano mi heredero", o "Dejo mis bienes a fulano", como dice el artículo 1,098.

II. *Heredero de cuota* es aquél que sucede en una cuota de los bienes del difunto. "Dejo a Pedro la tercera parte de mis bienes, la otra tercera parte a Juan y la otra a Diego". Los tres son herederos de cuota.

Puede acontecer que el testador haga el siguiente llamamiento: "Nombre heredero universal a Pedro"; y en otra cláusula agrega: "Dejo la tercera parte de mis bienes a Pedro". En conformidad al inciso 2.º del artículo 1,098, Pedro se entiende que pasa a ser heredero de cuota, en una cuota igual a la que falte para completar el entero. Por lo tanto, como a Juan ha dejado la tercera parte, Pedro recibirá dos terceras partes.

De acuerdo con el inciso final del artículo 1,098, si el testador llama a diversos herederos sin determinación de cuota, se entienden suceder por partes iguales. "Instituyo herederos a Pedro, Juan y Diego". Cada uno recibe la tercera parte de la herencia.

En relación con este inciso final, la Corte Suprema dictó un fallo que podría discutirse. Dijo el testador que dejaba sus bienes: a su hermano Pedro, a su hermano Juan y a los hijos de su hermano Diego, fallecido. La Corte declaró que la herencia se dividía en tres partes: una para Pedro, otra para Juan y otra en que debían concurrir los hijos de Diego. Es decir, hizo concurrir a los hijos de Diego por estirpe y no por cabeza (4 de octubre de 1917, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 15, sección I, página 37). Discutible, a virtud del inciso final del artículo 1,098, porque, según él, si se dejan diversos herederos sin determinación de cuota, se divi-

den la herencia por partes iguales. Tal vez la Corte se guió por el deseo de interpretar la voluntad del testador.

III. Se entiende por *heredero del remanente* aquel asignatario a quien se dejan los bienes que quedan después de hechas las asignaciones que instituyó el testador. "Dejo mi casa a Pedro y el resto de mis bienes a Juan".. "Dejo a Pedro la tercera parte de mis bienes y el resto a Juan".

En realidad, el heredero del remanente no viene a constituir una categoría distinta. Porque puede ser heredero universal o de cuota, y testamentario o abintestato.

En primer término, de acuerdo con el artículo 1,099, el heredero del remanente es universal, si todas las asignaciones comprendidas en el testamento son a título singular. En otros términos, va a pasar a ser heredero universal cuando en el testamento sólo se hayan instituido legados. "Dejo a Pedro mi auto y el resto de mis bienes a Juan".

En segundo término, es heredero de cuota cuando el causante haga asignaciones a título universal. "Dejo la cuarta parte de mis bienes a Pedro y el resto a Antonio". Antonio es heredero de cuota y sucede en los tres cuartos restantes. También lo dispone el artículo 1,099.

En los casos del artículo 1,099, el heredero del remanente, sea universal o de cuota, es heredero testamentario. Pero también, ya sea igualmente universal o de cuota, puede ser heredero abintestato, de acuerdo con el artículo 1,100.

a) Por ejemplo, dice el testador únicamente: "Dejo mi auto a Pedro". En conformidad al artículo 1,100, los herederos abintestatos del causante pasan a ser herederos del remanente y, como en el testamento sólo hay legatarios, dichos herederos pasan a ser universales. <

b) También el heredero abintestato del remanente puede ser heredero de cuota: cuando en el testamento sólo se hayan instituido herederos de cuota y se guarde silencio en el resto. "Dejo a Pedro la cuarta parte de mis bienes". Los tres cuartos restantes corresponderán a los herederos abintestatos.

De estas explicaciones resulta que sería un error creer que es una misma cosa el asignatario a título universal que el heredero universal. Son cosas distintas, porque si bien el heredero universal es siempre asignatario a título universal, por el contrario, no todo asignatario a título universal es heredero universal, porque también puede ser heredero de cuota. Asignatario a título universal es el género; heredero universal es la especie.

Conflictos que pueden presentarse habiendo concurrencia de herederos; solución.—Los artículos de este párrafo analizan también los diversos casos de *concurrencia de herederos*, y dan reglas para solucionar los

conflictos que se puedan presentar, inspirándose en una interpretación de la voluntad del testador. Consideremos las diversas situaciones:

1) En conformidad al artículo 1,098, inciso 1.º, si el testador dice que sea fulano su heredero, se entiende que fulano es heredero universal.

2) Dice el testador: "Dejo la tercera parte de mis bienes a Antonio y heredero universal a Juan". En conformidad al inciso 2.º, se entiende que Juan es sólo heredero de cuota y pasa a suceder en la cuota que falte para completar el entero.

3) El testador instituye diversos herederos sin designación de cuota: "Dejo mis bienes a Pedro, Juan y Diego". Se dividen por partes iguales.

4) El testador hace un legado. "Dejo mi auto a Pedro y el resto a Juan". De acuerdo con el artículo 1,099, Juan pasa a ser heredero testamentario universal del remanente.

5) El testador dice: "Dejo la tercera parte de mis bienes a Antonio y el resto a Juan". Pasa a ser heredero testamentario en una cuota de los dos tercios del remanente (artículo 1,099).

6) El testador dice: "Dejo mi auto a Pedro": los herederos abintestato del causante pasan a ser herederos abintestatos universales del remanente (artículo 1,100).

7) "Dejo la tercera parte de mis bienes a Pedro": los herederos abintestato del causante pasan a ser herederos abintestato de cuota del remanente (artículo 1,100).

8) "Dejo a Pedro la tercera parte de mis bienes, a Juan otra tercera parte y la otra a Diego". Se cumple la voluntad del testador sin necesidad de interpretación.

9) El testador hace una asignación que excede o completa la unidad y además instituye heredero del remanente. "Dejo la tercera parte de mis bienes a Pedro, otra tercera parte a Juan, otra tercera parte a Antonio, y a Diego lo instituyo heredero del remanente". En conformidad al artículo 1,101, Diego no toca absolutamente nada.

10) El testador hace una asignación que completa o excede la unidad e instituye al mismo tiempo un heredero universal. "Dejo la tercera parte de mis bienes a Pedro, otra tercera parte a Juan, otra a Diego y heredero universal a Antonio". Es el caso que se puede presentar a dificultades, aunque muy remoto de suceder. Según el artículo 1,101, Antonio no queda excluido de la sucesión. Es situación distinta a la anterior. Porque si se nombra un heredero del remanente y nada queda en la herencia, nada le ha de corresponder. Pero si se nombra, en cambio, un heredero universal, al decir el testador que va a haberlo, es evidente que ha estado en su intención que le correspondan bienes. Esto es lo que interpreta el artículo 1,101, y da las reglas del caso en el artículo 1,102.

Ejemplo: Dejo a A : $1/2$; a B : $1/3$; a C : $1/4$, y a D heredero universal.

Dice el artículo 1,101 que al heredero universal le corresponde una cuota cuyo numerador sea la unidad y el denominador el número total de herederos; es decir, $1/4$.

Pero hay $1/3$ de más en la herencia. ¿De dónde sacarlo? Auxilia el artículo 1,102. Dice que se reducen las cuotas a un común denominador:

$$A : 6/12 \quad B : 4/12 \quad C : 3/12 \quad D : 3/12$$

En seguida, la herencia se representa por la suma de los numeradores: por 16. Y la cuota efectiva que corresponde a cada heredero se representa por su numerador respectivo; es decir, de los 16 en que se divide la herencia, corresponden 6 a A, 4 a B, 3 a C y 3 a D: \times

$$A : 6/16 \quad B : 4/16 \quad C : 3/16 \quad D : 3/16$$

Otro ejemplo: Dejo a A : $1/2$; a B : $1/2$, y a C y D herederos universales.

Se entiende que a cada heredero universal le corresponde una cuota en que el numerador es la unidad y el denominador el número total de herederos; esto es, $1/4$ a cada uno (1 es la unidad y 4 es el número total de herederos). Se reducen todas las cuotas a un común denominador, que es 4:

$$A : 2/4 \quad B : 2/4 \quad C : 1/4 \quad D : 1/4$$

Se suman los numeradores para determinar la herencia: da 6. Y de ésta se da a cada heredero la cuota que representa su numerador:

$$A : 2/6 \quad B : 2/6 \quad C : 1/6 \quad D : 1/6$$

El artículo 1,103 dice que estas reglas se entienden sin perjuicio de la acción de reforma del testamento a que tienen derecho el cónyuge y los legitimarios, de acuerdo con el artículo 1,216. Porque puede ser que, al hacer estas asignaciones, no haya respetado el testador las legítimas o la porción conyugal.

[índice](#)

LAS ASIGNACIONES A TÍTULO PARTICULAR

Calificación del legatario.—Asignatario a título particular es aquél que sucede en una especie determinada o en una especie indeterminada de un género determinado. Y de este modo, el artículo 951, que es el que de-

fine, traza la clasificación de los legatarios en legatarios de especie o cuerpo cierto y legatarios de género.

El artículo 1,104 dice que los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame y aun cuando en el testamento se les califique de herederos, son legatarios: no representan al testador y no tienen más derechos y cargas que las que expresamente se les confiera o imponga, y su responsabilidad es sólo subsidiaria.

Características del legatario. 1) No representa a la persona del testador; respecto de él, no se opera la ficción de la subrogación personal;

2) Salvo imposición expresa del testador, no tiene de las deudas hereditarias sino una responsabilidad subsidiaria;

3) Respecto de él no cabe hablar de la posesión efectiva de la herencia;

4) Tampoco de posesión legal del legado, sino que sólo existe la posesión que define el artículo 700;

5) Sólo puede tener su origen en el testamento; no hay legatarios abintestato;

6) No puede adquirir por el derecho de representación;

7) No puede suceder por transmisión (sólo el heredero), si bien puede adquirir un legado por transmisión.

Debe recordarse las diferencias entre los legatarios de especie o cuerpo cierto y los de género. El primero adquiere la cosa legada desde el fallecimiento del causante. Por eso, si el heredero se niega a entregarla, puede hacer uso de la acción reivindicatoria. Resuelto por la jurisprudencia: 4 de enero de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 30, sección I, página 436. Como consecuencia de esto, el legatario de especie o cuerpo cierto se va a hacer dueño de los frutos desde el fallecimiento del causante, a diferencia del legatario de género, porque éste no adquiere la especie legada sino una vez que el heredero se la entrega y, por lo tanto, los frutos no los adquiere por el solo fallecimiento del causante, sino desde que se le hace esta entrega o desde que el heredero está en mora de hacerla; y además, si el heredero no cumple con el legado, el legatario sólo tiene una acción personal, un crédito, contra él, y que prescribirá en conformidad a las reglas generales. Por eso, la Corte Suprema ha resuelto (3 de mayo de 1936, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 33, sección I, página 219), que la cesión de un legado de dinero debe sujetarse a las reglas de la cesión de créditos y, por lo tanto, entre legatario cedente y cesionario del legado se va a perfeccionar con la entrega del título, y respecto de los herederos, que son los terceros deudores, por medio de la notificación. Este requisito de la entrega no quiere decir que el legatario va a adquirir el legado por

tradición; también lo adquiere por sucesión por causa de muerte. Pero como el dominio debe recaer sobre un bien determinado, para que ésta opere, es necesaria esta entrega.

El legado de especie o cuerpo cierto.—En conformidad al artículo 1,118, se debe entregar la cosa legada en el estado en que se encuentre al fallecimiento del causante. Concuera con el artículo 1,590, que se refiere a la forma cómo debe hacerse el pago si la deuda es un cuerpo cierto: en el estado en que se halle al momento del pago.

El artículo 1,124 se pone en el caso que se legue una misma especie o cuerpo cierto a diversas personas. "Lego mi casa a Pedro, Juan y Diego". En este caso, se crea entre los diversos legatarios una comunidad y, por lo tanto, cada uno podría solicitar, de acuerdo con el artículo 1,317, la partición de ella.

¿Quién soporta los gravámenes a que está afecta la especie legada?—Es de interés el punto relacionado con los gravámenes a que puede estar afecto el legado por el testador. ¿Deberá soportarlos el legatario? A Pedro se lega una casa que se encuentra hipotecada a favor de Juan. ¿Va a estar obligado a pagar la hipoteca? Para resolver esta cuestión, hay que tener presente una primera distinción, según que el testador haya o no manifestado su voluntad expresa o tácita de gravar al legatario:

a) Si expresa o tácitamente le ha impuesto el gravamen, el legatario tiene que soportarlo. Aplicación del principio del artículo 1,104, según el cual el legatario no tiene más gravámenes que los que expresamente le haya impuesto el testador. La imposición del gravamen es tácita cuando el testador, después de hacer el testamento, constituye el gravamen. Por ejemplo, el testamento tiene fecha 2 de enero y en él se lega a Pedro la casa del testador; posteriormente, en marzo, éste hipoteca la casa a favor de Juan. Hay una voluntad tácita del testador que el legatario soporte el gravamen.

b) Si no le ha impuesto el gravamen, ni expresa ni tácitamente, en principio el legatario debe soportarlo, porque siendo real el gravamen, se caracteriza porque persigue a la cosa, porque la grava sin respecto a determinada persona. El artículo 1,125 dice sobre el particular que la cosa legada pasará al legatario con sus servidumbres, censos y demás cargas reales.

El legatario es demandado por pago del gravamen, y lo ha pagado. Si el testador se lo ha impuesto expresa o tácitamente, lisa y llanamente tiene que soportarlo y no puede repetir contra ninguna persona. Pero la situación es distinta cuando el testador no se lo ha impuesto. Es preciso aquí hacer una nueva distinción, según que la hipoteca; constituida por el testador estuviere garantizando una personal del testador o una deuda de un tercero:

1) Si el legatario ha pagado una deuda personal del testador, en conformidad al artículo 1,366 tiene acción de repetición contra los herederos, se subroga en los derechos del acreedor, al cual ha pagado, contra los herederos. Y ello, porque los herederos representan a la persona del causante, son sus continuadores jurídicos y están obligados a las deudas hereditarias y cargas testamentarias; y si la hipoteca garantizaba una deuda del testador, pesa sobre ellos.

2) Si el legatario ha pagado una hipoteca constituida para garantizar la deuda de un tercero, no puede dirigirse contra los herederos, porque no se trata de una deuda del causante (inciso 2.º, artículo 1,366), sino que, subrogándose en los derechos del acreedor, sólo podrá dirigirse contra el deudor. En realidad, la situación en que queda el legatario de la cosa hipotecada que paga la hipoteca, es el caso del tercer poseedor de la finca hipotecada, contemplado en el artículo 2,429. Si el tercero poseedor, como dice el artículo citado, se ve obligado a pagar al acreedor, se subroga en los derechos de éste contra el deudor, en la misma forma que el fiador. Por eso, por la subrogación que se opera, el legatario se dirige contra el deudor. •

Las situaciones serían las siguientes: Juan solicita para sí un préstamo en la Caja Hipotecaria, con hipoteca de su casa; muere, deja la casa en legado a Pedro, sin imponerle la obligación de soportar el gravamen. La Caja va a sacar a remate la propiedad; pero Pedro paga. Pero considera que esa cancelación, por tratarse de una deuda personal del testador, beneficia a los herederos; entonces se subroga a la Caja (acreedor) y pide al heredero que le pague lo que él pagó a ésta. El otro caso: Un tercero, Diego solicita a Pedro que le hipoteque su casa a su favor. Pedro fallece y deja la casa en legado a Antonio. Si la Caja hace efectiva la deuda a éste, como no es obligación personal del causante, sino que fué en favor de un tercero, no puede dirigirse contra los herederos de Pedro, sino que únicamente contra Diego.

Legado de una cosa con la condición de no enajenarla.—El artículo 1,126 establece que si se lega algo con la condición de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére derechos de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita. Porque el legislador propende a que circule la propiedad, a que no se establezcan los bienes. Por eso repudia el usufructo y el fideicomiso sucesivos, abolió los mayorazgos y no mira bien estas cláusulas de no enajenar. Concuerta este artículo con las siguientes disposiciones:

Con el artículo 793, que en el caso del usufructo permite que se ponga la condición de no cederse el usufructo;

Con el artículo 1,432, que permite también se done una cosa con la condición de no enajenarla;

Con el artículo 1,874, que determina el efecto que produce la condición de no transferir el dominio de la cosa asignada, mientras no se pague el precio;

Con el artículo 1,964, que no da valor a la condición de no enajenar la cosa arrendada;

Con el artículo 2,031, que tampoco da valor a la condición de no enajenar la cosa dada en censo; y

Con el artículo 2,415, que niega valor a la condición de no enajenar la cosa hipotecada.

En principio, el criterio es no aceptar esta cláusula.

Legado de una cosa en que el testador no ha tenido más que una parte, cuota o derecho.—Puede acontecer que una persona sólo sea propietaria en parte de la cosa legada. De acuerdo con el artículo 1,110, se presume que sólo ha querido legar la parte o cuota que le corresponde en la cosa. Pedro y Juan son propietarios por mitad de una casa; Pedro la lega: se entiende que sólo ha querido legar la mitad, la cuota que tiene en ella. Esta disposición concuerda con el artículo 1,743, que constituye una excepción al 1,100. El artículo 1,743 se refiere al caso que marido o mujer legue un bien de la sociedad conyugal. Como el legado se va a hacer efectivo al fallecimiento del cónyuge y entonces se crea una comunidad, aplicando el artículo 1,110 se presumiría que dicho cónyuge quiso legar la mitad. Pero para este caso especial rige el artículo 1,743, según el cual el legado se hace efectivo en la especie legada si se asigna al testador; pero si se adjudica al otro cónyuge, el legatario sólo tiene derecho a que los herederos de dicho cónyuge le paguen su valor. Sobre estos artículos hay dos sentencias: 4 de enero de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 30, sección I, página 436; 10 de marzo de 1929, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 27, sección I, página 297.

Extinción del legado de especie o cuerpo cierto.—¿Cómo se extingue el legado de especie o cuerpo cierto? En primer lugar, por la revocación del testamento que lo contiene. Este caso se aplica tanto al legado de especie como al legado de género. Pero hay otros que se aplican exclusivamente al legado de cuerpo cierto. Son los contemplados en el artículo 1,135. De acuerdo con este artículo, se entiende revocado el legado:

1) Cuando el testador, con posterioridad al legado, enajena la cosa legada (inciso 2.º). Por la enajenación se revoca tácitamente el legado, y no se entiende que el legado revive por el hecho que vuelva la especie al testador por nulidad u otra causa;

2) Cuando la cosa legada se destruye (inciso 1.º); y

4) 3) Cuando, tratándose de cosa mueble, el testador la altera substancialmente (inciso final). "Dejo 20 metros de casimir a Pedro". Y después el testador hace, con los 20 metros, seis trajes.

El legado de cosa ajena.—En conformidad al artículo 1,107, por regla general el legado de cosa ajena es nulo, salvo que el testador haya legado la cosa sabiendo que era ajena o la legue a un descendiente o ascendiente legítimo de su conyuge. En estos dos casos, el legado es válido y se rige por el artículo 1,106, según el cual el heredero está obligado a comprar la especie legada; pero si el dueño no quisiere venderla o pidiere un precio excesivo, está obligado a entregar al legatario el justo precio de la cosa.

Y si la especie ajena legada hubiere sido antes adquirida por el legatario o para el objeto de beneficencia, no se deberá su precio, sino en cuanto la adquisición hubiere sido a título oneroso y a precio equitativo (artículo 1,106, inciso 2.º).

El legado de cosa futura.—Lo reconoce el artículo 1,113, con la condición de que llegue a existir. En relación con el artículo 1,461, según el cual pueden ser objeto de una declaración de voluntad, no sólo las cosas que existen, sino las que se espera que existan.

El legado de elección.—A él se refiere el artículo 1,117. Porque puede el testador legar una cosa a elección entre varias que tenga. "Lego a Juan mi auto, mi radio, o mi moto, a elección suya".

El legado de crédito.—En conformidad al artículo 1,127, pueden legarse no sólo las cosas corporales, sino también las incorporales. Y, de acuerdo con el inciso 2.º, por el hecho de legarse el título de un crédito se entiende que se lega el crédito. "Lego a Juan el pagaré que tengo guardado en mi caja de fondos". Se deduce que el inciso 2.º toma la expresión título en el sentido de documento en que consta el crédito.

Dice el testador: "Lego a Pedro el crédito de \$ 100 que tengo en contra de Juan". Se presentaría una cuestión no resuelta por el legislador: Juan, deudor del crédito legado, ¿a quién debe hacer el pago? ¿Indistintamente al heredero o legatario? Podría concluirse que si el deudor no es notificado del crédito legado, podría hacerlo al heredero, y después el legatario exigiría al heredero la devolución de la suma pagada. Pero si el legatario tiene cuidado de notificar al deudor, tendría que pagarle a él. Aplicación por analogía de las reglas de la cesión de créditos.

Este legado caduca por la revocación expresa o tácita (inciso 3.º). Tácita, si el testador, después de haber legado el crédito, procede a cobrarlo y recibe el pago.

El legado de cosa empeñada.—Según el artículo 1,128, si el testador lega al deudor prendario la cosa dada en prenda, se entiende legar el derecho real de prenda, pero no condona la deuda, a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fué extinguir la deuda. Doy en prenda mi auto; fallece el acreedor y me lega el auto: se presume que el testador ha querido alzar la prenda; caduca el derecho real de prenda, pero subsiste mi obligación para con la sucesión del acreedor de pagar la deuda.

El legado de condonación.—Se presenta (artículos 1,130 y 1,129) cuando el testador perdona una deuda en el testamento. “Dejo a Juan los \$ 100 que me debe”. Se extingue por revocación expresa o tácita. Tácita, cuando, no obstante el legado, en vida el testador demanda al deudor o le recibe el pago.

El legado de deuda.—Está contemplado en el artículo 1,133. Se presenta cuando el testador reconoce en el testamento una deuda que tenía para con un tercero, no habiendo constancia de ella ni siquiera por un principio de prueba por escrito. “Dejo a Pedro los \$ 100 que le debo”, y no hay constancia de esta deuda. El legislador considera como legado esta confesión de deuda, para evitar que sean burlados los legitimarios.

Tiene importancia para el acreedor del difunto determinar si su deuda va a considerarse como deuda hereditaria o testamentaria. Cuando su deuda es confesada en el testamento, queda en mejor situación que si se le considera como acreedor ~~hereditario~~. Porque, de acuerdo con el artículo 959, las deudas hereditarias son una baja general de la herencia y, por lo tanto, tienen preferencia para el pago, se pagan antes que los legados; en cambio, si se le considera como legatario, debe concurrir en la parte de que el testador ha podido disponer libremente. El artículo 1,133 dice que se considera como legatario cuando no hay un principio de prueba por escrito. Ahora, si el acreedor alega que consta en un principio de prueba por escrito, aplicando los principios de la prueba, debe probarlo; y si lo acredita, pierde su carácter de legatario y pasa a ser acreedor hereditario.

En conformidad al artículo 1,132, puede acontecer que el testador reconozca en el testamento una deuda que creía tener, pero que en realidad no tenía. No vale la disposición, porque hay en verdad pago de lo no debido. Concuera con el artículo 2,295.

El legado de alimentos.—Se refiere, según el artículo 1,134, a los alimentos voluntarios, los contemplados en el artículo 337; y no a los alimentos que se deben por ley. Cuando no se determina la forma y cuantía, dice el artículo que se estará a la forma y cuantía que acostumbraba el testador.

continuar

Es decir, que si los daba ya en vida, se continúan dando de la misma manera. Si no se hubieren dado en vida del testador, se regularán tomando en cuenta la necesidad del legatario, sus relaciones con el testador y las fuerzas del patrimonio en la parte de que el testador ha podido disponer libremente. Si no se fija plazo, se entienden por toda la vida; si fueren para la educación, hasta la edad de 25 años.

Fuera de este párrafo se contemplan otros legados, como el de pensiones periódicas para los efectos de determinar la fecha desde la cual debe pagarse el legado, y los legados preferentes que indican los artículos 1,363 y 1,367, esto es, ciertos legados que tienen preferencia para el pago.

Determinación de la parte de la herencia de que puede disponer el testador para hacer legados.—Para determinar la parte de que puede disponer el testador para legados, hay que distinguir:

- a) Si no tiene asignatarios forzosos: puede dedicar a los legados todo su patrimonio;
- b) Si tiene asignatarios forzosos que no sean descendientes legítimos: puede disponer de la mitad de la herencia, porque la otra es la legitimaria;
- c) Si tiene asignatarios forzosos que son descendientes legítimos: puede dedicarles la cuarta de libre disposición, porque el resto lo constituyen la mitad legitimaria y la cuarta de mejora, con la cual únicamente puede mejorar a los descendientes legítimos.

Cosas que no pueden legarse.—El artículo 1,105 establece *qué cosas no pueden ser legadas*. La regla general es que toda cosa puede ser legada. Corporales o incorpóras, presentes y futuras. Basta que esté en el comercio humano. Bajo ciertos aspectos es válido el legado de cosa ajena. En general, según el artículo 1,105, no pueden legarse las cosas que están fuera del comercio: las cosas comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público, las cosas que formen parte de un edificio y no puedan separarse sin deterioro de él.

[índice](#)

LAS DONACIONES REVOCABLES

Generalidades.—Párrafo 7 del título IV. Constituyen una de las cuatro formas en que una persona, por voluntad del dueño de los bienes, adquiere a título gratuito. El artículo 1,136 dice que donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio. Y agrega que donación revocable es lo mismo que donación por causa de muerte, y que donación irrevocable lo mismo que donación entre vivos. Se desprende, pues, que hay dos clases de donaciones: revocables e irrevocables.

A la donación entre vivos el legislador le dedica el último título de este libro III. La donación irrevocable es un verdadero contrato, que en casi nada difiere de los demás. Por eso habría sido más lógico ubicarla dentro del libro IV. No obstante, no fué así, por dos razones: porque lo hizo el Código Francés, guía del nuestro; y porque es una forma de adquirir bienes a título gratuito.

También puede definirse la donación revocable como aquella que sólo se hace definitiva con el fallecimiento del causante. Sólo se hace definitiva con el fallecimiento, porque mientras viva el causante, tiene derecho a revocarlas. No dice el legislador si el causante, en estas donaciones, puede renunciar a la facultad de revocarlas. Pero es evidente la negativa, porque el hecho de la revocación es de su esencia, y si el donante renunciara a revocarlas, en realidad estaríamos en presencia de una donación irrevocable, a la cual habría que aplicar sus reglas especiales. Concluimos que la facultad del donante de renunciar a la donación es sinónima de la facultad del testador de renunciar a la facultad de testar.

Breve noticia histórica.—Las donaciones revocables eran conocidas en el Derecho Romano y en el Derecho Español. Justiniano hizo notar que el primer ejemplo de ellas lo ofrecía la “Odisea” en la cesión que hace Telémaco de sus bienes a Pireo. Dice aquél a éste: “¡Pireo! Aun no sabemos cómo acabarán estas cosas. Si los soberbios pretendientes, matándome a traición en el palacio, se repartieran los bienes de mi padre, quiero más que goces tú de los presentes, que no alguno de ellos; y si yo alcanzase a darles la muerte y la Parca, entonces, estando yo alegre, me los traerás alegre a mi morada”.

Como se ve por este ejemplo, hay una verdadera gradación en cuanto a la persona que se prefiere para el goce de los bienes. Por eso Justiniano decía que la donación revocable o “mortis causa”, “es aquella en que el donante se prefiere al donatario y éste al heredero”.

Entre los romanos la voluntad del donante o la muerte del donatario acaecida antes que la del donante, operaban la revocación. La permanencia de aquella voluntad constituía lo esencial de las donaciones por causa de muerte. Se las asimilaba a los legados, pero diferían de éstos por muchos respectos, especialmente en que las tales donaciones existían sin testamento.

Justiniano puso término a las antiguas controversias, asimilándolas en lo posible a los legados.

En el Derecho Español hallamos disposiciones relacionadas con las donaciones revocables en el Fuero Juzgo (ley 6.^ª, título 3.^º, libro 5.^º), Fuero Real, ley 10, título 12, libro 3.^º), la Novísima Recopilación (ley 1.^ª, título 7.^º, libro 10), etc. Todos estos preceptos se esmeraban por distinguir las donaciones revocables de las irrevocables.

Las Partidas también se ocuparon de las donaciones revocables. Y así, dicen en una de sus leyes: "Que la donación que ome face de su voluntad estando enfermo, temiéndose de la muerte, o de otro peligro, que vale. Pero que tal donación como esta puede ser revocada de tres maneras. La primera es si se muere ante aquel a quien es fecha quel otro que la hizo. La segunda es si aquel que la hizo guaresce de aquella enfermedad o estuerce de aquel peligro por que se movia a facer la donacion. La tercera es si se arrepiente ante que muera..." (ley 11, título 4.º, Partida 5.ª). X

Requisitos de validez de las donaciones revocables.—Como contrato y acto jurídico, la donación revocable necesita, para su validez, requisitos externos o solemnidades, y requisitos internos.

I. Requisitos externos.—A ellos se refiere el artículo 1,137. Dice, en el inciso 1.º, que no valdrán como donaciones revocables sino aquéllas que se hubieren otorgado con las solemnidades que la ley establece para las de su clase o aquéllas a que la ley dé expresamente este carácter. Y según el artículo 1,139, las donaciones revocables se otorgarán en conformidad al artículo 1,000. Este artículo, ubicado a continuación de la definición del testamento, dice que toda asignación o donación que no se haga definitiva sino con la muerte del testador o donatario se sujetará a las reglas del testamento. Llegamos así a establecer que las solemnidades de la donación revocable son las mismas del testamento. Por lo tanto, la primera forma de otorgar donación revocable es sujetándose a las reglas del testamento; y habrá que aplicar la clasificación de los testamentos.

En seguida, en conformidad al inciso 2.º, la donación revocable se puede otorgar también ciñéndose a las reglas de la donación irrevocable. Pero en este caso el donante se reserva la facultad de revocarla. Y no es indiferente que la donación se otorgue en una u otra forma. Porque cuando se hace ciñéndose a las reglas de la donación irrevocable, para que sea válida es necesario que después, en el testamento, el testador la confirme; si no la confirma, caduca. Tendría que decir en el testamento: "Es mi voluntad tener por definitiva la donación que hice a Juan en tal fecha". Esta confirmación no se requiere si la donación se hace en conformidad al inciso 1.º. La donación irrevocable, en cuanto a sus solemnidades, por regla general, es un acto consensual; hay excepciones en que es acto solemne.

En tercer término, en cualquiera forma que se haga la donación, si es entre cónyuges, no vale sino como donación revocable (inciso 3.º). Si la mujer hace una donación al marido sujetándose a las formalidades de la donación irrevocable, se entiende como donación revocable, aun cuando la confirme en el testamento. Porque el legislador no acepta la donación irrevocable en-

tre cónyuges. Por eso, cuando nos planteamos la cuestión sobre si marido y mujer podían contratar, concluimos afirmativamente, salvo los casos expresamente exceptuados: la compraventa, la permuta, alterar las capitulaciones matrimoniales y la donación irrevocable.

Nuestro legislador, como el francés, no acepta entre cónyuges la donación irrevocable, por dos razones: 1) En defensa de los derechos de los terceros: sería fácil al marido, jefe de la sociedad conyugal, burlarlos donándole los bienes a su mujer; desaparecería el patrimonio social, sólo quedaría el de la mujer; 2) Porque teme de la influencia o presión que puede ejercer el marido sobre la mujer.

— Sólo acepta entre marido y mujer la donación revocable. Pero no ha dicho si la mujer tiene necesidad del consentimiento de su marido o de la justicia en subsidio para revocar una donación hecha al marido. Pero es natural que tiene capacidad para revocar libremente. En primer lugar, porque la donación revocable se rige casi íntegramente por las reglas de los testamentos, y la mujer tiene capacidad de testar; en segundo lugar, porque sería absurdo que la mujer fuera a pedir autorización al marido para revocar una donación que le ha hecho.

II. Los requisitos internos.—Miran primeramente a la capacidad de donante y donatario. Se refiere a ellos el artículo 1,138, según el cual el donante debe tener capacidad para testar y además capacidad para donar entre vivos. Doble capacidad: la capacidad para testar que establece en forma indirecta el artículo 1,005, y la capacidad para donar entre vivos que establece el artículo 1,388. En conformidad al artículo 1,388, sólo puede donar entre vivos el que tiene la libre administración de sus bienes. No ha sido feliz el empleo de la expresión "libre administración", porque lo que quiso significar fué tener la "libre disposición", la capacidad más plena. Ahora, esta segunda capacidad se exige en la donación revocable porque en ciertos casos, aun en vida del donante, puede el donatario entrar en el goce de la cosa donada; produce ciertos efectos en vida del causante.

Es evidente que el legislador no tenía para qué exigir en el donante la capacidad para testar, desde que exige la capacidad para donar entre vivos, que es la máxima y la lleva envuelta.

El donatario debe tener ^{libre disposición} capacidad para recibir asignaciones y donaciones entre vivos. Lo dispone el inciso 2.º del 1,138. Lo que se traduce en decir que el donatario debe ser capaz, digno y persona determinada. Los mismos requisitos que debe tener el asignatario.

Como la donación revocable es un contrato, se requiere también la aceptación de parte del donatario, aceptación que podrá darse en el mismo acto de la donación o en un acto aparte. En todo caso, con las mismas formalidades con que se hizo la donación por parte del donante.

En conformidad al inciso final del artículo 1,138, no obstante las exigencias de capacidad que establece, valen siempre las donaciones revocables que se hagan los cónyuges. Porque exige que el donante tenga plena capacidad, y si es la mujer la que dona, le falta esta plena capacidad. Sin esta disposición del inciso final, resultaría que toda donación de la mujer sería nula a virtud de su incapacidad.

Efectos de la donación revocable.—La donación revocable puede ser a título singular o universal; se puede donar una especie determinada o la universalidad de los bienes o una cuota de ellos. A la donación a título singular se refiere el artículo 1,141, y a la a título universal, el 1,142.

Según el artículo 1,141, la donación a título singular se mira como un legado anticipado y, por lo tanto, se sujeta a sus reglas. Y viceversa, si el testador da en vida el goce del objeto legado en el testamento, el legado se mira como donación revocable.

El artículo 1,142 dice que ~~el legado~~ *la donación revocable* a título universal se mira como una institución de heredero, que sólo va a tener efecto desde la muerte del donante.

¿Nunca la donación revocable, sea a título singular o universal, va a producir efectos antes de la muerte del donante? La respuesta está en el artículo 1,140, según el cual si el donante hace tradición de las cosas donadas al donatario, se mira a éste como usufructuario y tendrá los derechos y obligaciones de tal; y agrega que estará exento de rendir la caución a que están obligados los usufructuarios. De modo que el establecimiento de una donación revocable seguida de la tradición de las cosas donadas en vida del donante, transforma al donatario en usufructuario. Por eso, cuando estudiamos el usufructo y el artículo 810, que habla de los usufructos legales, nos remitimos al artículo 1,140, porque el usufructo de este artículo es un verdadero usufructo legal; es la ley la que da al donatario el carácter de usufructuario. Y como tal usufructo legal, exime de la obligación de rendir caución.

Sin embargo, se trata de un usufructo sui generis. Porque en el usufructo ordinario, el que lo ha constituido no puede hacerlo cesar a su arbitrio; el usufructo lleva siempre un plazo, que es generalmente toda la vida del usufructuario, y mientras no se cumpla, goza éste de él. Esta característica de inamovilidad no se presenta en el caso del artículo 1,140, porque es de la esencia de la donación revocable el hecho que el donante pueda revocarla; y no obstante la entrega que haga en vida, si revoca la donación, lo que es posible y legal, cesaría este usufructo. Por eso, más que usufructuario, el donatario es un ~~tenedor~~ fiduciario, porque el goce de la cosa queda sujeto exclusivamente a si el donante revoca o no la donación.

proprietario

En cuanto a la donación a título universal, de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1,142, si el donante le hace entrega de las especies, el donatario también tendrá los derechos del usufructuario respecto de dichas especies entregadas en vida de aquél. Se desprende de este inciso que el donante no podrá entregar todo el patrimonio, sino diversos bienes determinados, y respecto de ellos pasa a ser usufructuario el donatario.

En el artículo 1,140, la expresión "tradición" está mal empleada. En realidad, debe hacerse entrega, porque la tradición supone un título traslativo, la transferencia del dominio; en cambio, cuando el donante entrega en vida al donatario el bien donado, no le transfiere la propiedad, sino que le da derechos de usufructuario.

Extinción de las donaciones revocables.—Las donaciones revocables se extinguen por revocación y caducidad.

1) El caso más típico y propio, es la revocación de parte del donante, revocación que, de acuerdo con el artículo 1,145, puede hacerse expresa o tácitamente, de la misma manera que la revocación de las herencias o legados. Será expresa cuando se hace en términos formales, ya sea en otro testamento o en otro instrumento. Y tácita, en los casos del artículo 1,135; por ejemplo, cuando no obstante la donación, el donante enajena después el bien donado. El artículo 1,135 es aplicación a la revocación de la donación.

2) En conformidad al artículo 1,143, cuando el donatario fallece antes que el donante; por cuanto sería incapaz para suceder, ya que el artículo 962 exige que el asignatario exista natural y civilmente al momento de deferírsele la asignación; y respecto de la donación rigen las reglas de capacidad de los asignatarios.

3) En conformidad al artículo 1,444, por el hecho que al donatario le haya sobrevenido una causal de incapacidad o indignidad. Cuando se hizo la donación, el donatario era capaz y digno; pero al fallecimiento del donante le ha sobrevenido una incapacidad: se extingue la donación.

4) Cuando habiéndose otorgado conforme a las reglas de la donación irrevocable (inciso 2.º, artículo 1,137), no la hubiere confirmado el donante en el testamento (artículo 1,144). Por el contrario, si la donación se confirma, de acuerdo con el artículo 1,144 tiene pleno efecto y da la propiedad de la cosa donada por el solo fallecimiento del donante.

El artículo 1,146 dice que todo lo dicho respecto de la donación revocable, es sin perjuicio de lo prevenido en el título "De las asignaciones forzosas". Hay que concordar entonces con los artículos 1,185 y 1,186, que se refieren a los acervos imaginarios. Porque por medio de donaciones puede el testador llegar a agotar su patrimonio y burlar a los legitimarios. Podría donar todo su patrimonio a uno de los hijos, y los otros quedarían burla-

dos en su legítima: para evitar esto, el legislador recurre al acervo imaginario del artículo 1,185; o podría haber donado todo su patrimonio a un extraño, burlando a todos los hijos: la ley, en este caso, establece el acervo imaginario del artículo 1,186.

Estudio comparativo entre la donación revocable y el testamento.—

Puntos de contacto: ¹⁾ambos son actos a título gratuito; ambos van a producir ²⁾efectos después del fallecimiento y ambos son, por su esencia, ³⁾revocables.

Diferencias:

1) El testamento es un acto jurídico unilateral; la donación es un verdadero contrato y supone acuerdo de voluntades.

2) Sólo hay una forma de otorgar el testamento; la donación revocable puede otorgarse en la misma forma que el testamento o que las donaciones irrevocables y, por lo tanto, podrá ser consensual, en tanto que el testamento es siempre solemne.

3) La capacidad para testar está indicada en el artículo 1,005, y es muy amplia; en las donaciones tiene que ser capacidad plena, la capacidad para donar entre vivos.

4) El testamento, en lo que se refiere a los bienes, no produce efectos entre vivos, sino una vez que fallece el testador (en otros casos, que no son bienes, puede producir efectos antes; por ejemplo, tratándose del reconocimiento de un hijo natural). La donación puede producir efectos en vida del donante.

5) El legatario instituido en el testamento no goza de preferencia para el pago de las deudas. En la donación revocable, si el donante ha entregado en vida las especies donadas, el donatario (que se mira como legatario), goza de preferencia respecto de los legatarios a los cuales no se ha dado el goce de la cosa en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a cubrir todos los legados, según el artículo 1,141. Este artículo 1,141 establece algunos órdenes en la gradación de los legados para el efecto del pago de las deudas de la herencia. De este artículo y de los artículos 1,363 y 1,194, se desprende que la gradación general de los legados, en cuanto a su concurrencia en el pago de dichas deudas, es la siguiente:

a) Los legados de alimentos forzosos, de acuerdo con el artículo 1,363, son los que están en mejor situación. Pero en verdad no son verdaderos legados, porque los alimentos que se deben por ley son una asignación forzosa y una baja general de la herencia;

b) Las asignaciones a título de mejora hechas a los legitimarios y que se sacan con preferencia de la cuarta de libre disposición (artículo 1,194). Tampoco son propiamente un legado;

- c) Los legados de obras pías o beneficencia (artículo 1,363);
- d) Los legados que expresamente hubiere exonerado el testador;
- e) Las donaciones revocables que hubieren sido seguidas de entrega de las cosas donadas;
- f) Los legados comunes. No gozan de preferencia.

Estudio comparativo entre las donaciones revocables e irrevocables.—Semejanzas: ambas son a título gratuito y son contratos.

Diferencias:

- 1) La donación revocable puede revocarse al arbitrio del donante; la irrevocable queda definitiva y no puede revocarse;
- 2) La revocable puede otorgarse en conformidad a las solemnidades del testamento o a las reglas de la donación entre vivos; la irrevocable sólo en conformidad a sus reglas;
- 3) La revocable no da ningún derecho definitivo, sino una vez que fallece el donante; la irrevocable da derechos en vida del donante;
- 4) La revocable puede hacerse entre cónyuges; la irrevocable entre cónyuges está prohibida;
- 5) La revocable no requiere insinuaciones; la irrevocable, cuando es mayor de \$ 2,000 sí. Insinuación es la autorización judicial que debe darse para efectuar la donación;
- 6) En la revocable adquiere los bienes el donatario por el modo sucesión por causa de muerte; en la irrevocable, la donación es el título y el modo de adquirir, la tradición.

Donación revocable y pacto sucesorio.—Semejanzas: ambos son a título gratuito y un contrato. Diferencias: el pacto sucesorio da un derecho definitivo al que lo celebra; en la donación se conserva el donante el derecho para revocarla, y el donatario sólo adquiere el derecho una vez que fallece el donante.

[índice](#)

EL DERECHO DE ACRECER

Concepto.—En un momento dado pueden intervenir en la sucesión por causa de muerte cuatro derechos: el de transmisión, el de representación, el de acrecimiento y el de substitución. El párrafo 8 del título IV se ocupa del derecho de acrecer o acrecimiento.

En un testamento pueden haberse instituido dos o más asignatarios; si existen al fallecimiento del causante y no tienen causal de incapacidad o indignidad, cada uno lleva su porción o cuota en la asignación, y no se pre-

Acrescencia es que si por muerte, incapacidad o indignidad de uno de los asignatarios, al tiempo de defunción la porción de este se reparte, pase la porción al otro con

senta dificultad. Pero puede acontecer que al fallecimiento del causante falte alguno de ellos: ¿a quién va su cuota? Por regla general, entra a beneficiar a aquél que perjudicaba su asignación. El testador instituye heredero universal a Pedro y a Juan deja como legado una casa; si falta Juan al fallecimiento, la casa legada pasa al heredero.

Pero puede darse el caso especial, *sui generis*, de dos o más asignatarios que han sido instituídos tales en una cosa sin determinación de cuota. "Dejo heredero universal a Pedro y lego mi casa a Juan y Diego". Si falta Juan, la parte suya en la casa no entra a beneficiar al heredero universal, sino al otro asignatario. Esto es lo que se dice acrecer. No se aplica, pues, la regla general: que la asignación de Juan beneficie a Pedro, sino que, por el contrario, beneficia a Diego.

Considerando los artículos 1,147 y 1,148, podemos definir el acrecimiento como un derecho en virtud del cual, cuando existen dos o más asignatarios llamados a la totalidad de una misma cosa sin determinación de cuota, la parte del que falta se junta a la de los otros asignatarios.

El derecho de acrecer ha sido instituído por la ley interpretando la voluntad del testador. Porque si éste ha dejado la casa a Juan y Diego, y ha hecho la asignación sin determinación de cuota, es porque ha querido que únicamente ellos se beneficien con ella; y por eso, si falta uno, se lleva la asignación íntegramente el otro. Hasta cierto punto, el testador separa estas asignaciones del resto de sus bienes.

CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE TENGA LUGAR EL ACRECIMIENTO

I. *Se requiere que se trate de una sucesión testamentaria.* No lo dice expresamente el legislador; pero no cabe duda de ello, en primer lugar, por la ubicación del párrafo dentro del título "De las asignaciones testamentarias"; y en segundo, porque basta leer los diversos artículos de este párrafo para darse cuenta que el legislador discurre sobre la base que se trata de sucesión testamentaria.

II. *Es necesario que el testador haya llamado a diversos asignatarios a la totalidad de una misma cosa, sin indicación de cuota.*—Expliquemos en tres partes este requisito:

1) Se requiere que haya varios asignatarios. Si sólo hay uno, no hay lugar al acrecimiento; si sólo Juan es heredero, la cosa beneficia a él.

2) Los coasignatarios deben ser llamados a una misma cosa, a una misma asignación. La expresión "misma cosa" del artículo 1,147, está tomada en el sentido de asignación, y no de especie o cuerpo cierto. De lo cual se deduce una importante consecuencia: que el acrecimiento se presenta tanto en las asignaciones a título universal como en las asignaciones a título parti-

cular (herencias o legados). "Dejo la mitad de mis bienes a Juan y la otra mitad a Pedro, Diego y Antonio". Pedro, Diego y Antonio son herederos, porque son llamados a una cuota, y opera respecto de ellos el acrecimiento. "Dejo mi casa a Pedro, Diego y Antonio". Son legatarios, y también opera el acrecimiento. Se planteó en los tribunales la cuestión de si el acrecimiento operaba también en las asignaciones a título universal, y la Corte Suprema resolvió por la afirmativa (Gaceta de 1887, sentencia N.º 3,093, página 2,098). Dicha sentencia estudia en forma detallada y profunda esta cuestión.

3) Los asignatarios deben ser llamados a la cosa en su totalidad, sin determinación de cuota. Es decir, que al hacer la asignación, el testador haya dejado a los asignatarios el total de las cuotas. Si determina las cuotas de cada uno, no opera el acrecimiento. "Dejo como heredero universal a Pedro, y lego mi casa en un tercio a Juan, en un tercio a Diego y en otro tercio a Antonio". Si falta Juan, su parte no beneficia a Diego y Antonio, sino al heredero universal. Razón: porque, habiendo determinación de cuota, se manifiesta claramente la voluntad del testador que los asignatarios no reciban sino la cuota que les ha asignado en el testamento. Distinta es la situación si se hace la asignación sin determinación de cuota. "Nombro heredero universal a Pedro y lego mi casa a Juan, Diego y Antonio". Estos tres son llamados a la totalidad de la asignación; el legislador indica su voluntad que la casa vaya a beneficiar a los tres, y no a otro. Otro ejemplo: "Dejo a Pedro al mitad de mis bienes, y de la otra, un tercio a Juan, un tercio a Diego y un tercio a Antonio". Si falta Juan, Diego o Antonio, su tercio (1/6 de la herencia) no beneficia a los otros asignatarios, sino al que se ha dejado la herencia. "Dejo la mitad de mis bienes a Pedro, y en la otra instituyo herederos a Juan, Diego y Antonio". Si falta uno, se benefician los otros dos; opera acrecimiento.

Es el requisito característico. Pero esta regla general que el llamamiento debe ser a la totalidad de la asignación y sin determinación de cuota, tiene dos excepciones, sin embargo, sólo aparentes:

a) Puede acontecer que el testador llame a una asignación a los asignatarios por partes iguales. "Dejo mi casa por partes iguales a Pedro, Juan y Diego". En conformidad al inciso 2.º del artículo 1,148, hay derecho de acrecer. Se discutía si lo había en el Derecho Romano y se lo discute en el Código Francés; pero Bello se pronunció expresamente. Mas no hay que confundir estas dos asignaciones: "Dejo mi casa a Pedro y Juan por partes iguales" y "Dejo la mitad de mi casa a Pedro y la mitad a Juan".

b) Si se dejan a los asignatarios diversas cuotas de la herencia, en conformidad al inciso 1.º del artículo 1,148, como hay designación de cuotas, no hay lugar al acrecimiento. Pero puede acontecer que en una de las cuotas haga el testador un llamamiento sin designación de cuotas. Dentro de

*Hay del acrecimiento
unos herederos
que el legatario
si llegare a
ser uno de los
herederos al apli-
car los efectos de
la ley ab-intestato*

ella hay lugar al acrecimiento. "Dejo un tercio a Pedro, un tercio a Juan y un tercio a Diego y Antonio". Diego y Antonio han sido llamados a la tercera parte de la herencia en su totalidad, sin determinación de cuota: entre ellos y respecto de esa tercera parte, hay derecho de acrecer, y si falta uno, se lleva íntegramente la tercera parte el otro.

El acrecimiento supone la existencia de asignatarios conjuntos. La conjunción puede ser de diversas clases:

1. Real: En conformidad al artículo 1,149, se presenta cuando respecto de una misma cosa son llamados dos o más asignatarios, ya sea en la misma cláusula de un testamento o en cláusulas distintas. Dice en la cláusula segunda: "Dejo mi casa a Pedro", y en la cláusula tercera: "Dejo mi casa a Juan". Pedro y Juan son asignatarios conjuntos, y hay conjunción real; y opera el derecho de acrecer.

Puede acontecer que el llamamiento lo haga el testador en testamentos distintos. En un testamento de enero dice que deja la casa a Pedro; en un testamento de octubre dice que la deja a Juan. En conformidad al artículo 1,149, inciso 2.º, se entiende que por el llamamiento posterior se revoca el anterior, y el único asignatario sería Juan.

2. Verbal o labial: "Dejo mi casa a Pedro y mi fundo a Juan". Esta conjunción no da lugar al acrecimiento.

3. Mixta, es decir, real y verbal: "Dejo mi casa a Pedro y Juan". También hay lugar al acrecimiento. De modo que el llamamiento de asignatarios conjuntos puede hacerse mediante la expresión "y" o en cualquiera otra forma que exprese la idea de unión copulativa. Ejemplos: "Dejo mi casa a Pedro y Juan", o "Dejo la mitad de mi casa a Pedro y la otra mitad a los hijos de Juan": los hijos de Juan serían asignatarios conjuntos.

III. Es necesario que al momento del fallecimiento del testador falte alguno de los asignatarios conjuntos. Porque si no falta ninguno, no hay cuestión. "Dejo mi casa a Pedro, Juan y Diego". Si al fallecimiento existen los tres, con capacidad y todos los requisitos, cada cual lleva su porción. La falta del asignatario puede deberse a varias razones:

1. Por fallecimiento de alguno. Por ejemplo, había fallecido Pedro con anterioridad. Insistimos en que el fallecimiento del asignatario tiene que haberse producido antes que el fallecimiento del testador. Si dicho fallecimiento es posterior, no hay lugar al acrecimiento; entonces cabe aplicar el derecho de transmisión. Por eso el artículo 1,153 establece que el derecho de transmisión del artículo 957 excluye al acrecimiento. Ejemplo: Pedro fallece en 1938 y el testador en 1939: no hay cuestión; opera el acrecimiento y la parte de Pedro acrece a la de Juan y Diego. Pero el testador fallece el 1.º de enero y el asignatario Pedro el 2 de enero, dejando como herederos a Pedro 1.º y Pedro 2.º En este caso la porción de Pedro no pasa a



Juan y Diego, sino que si Pedro 1.º y Pedro 2.º aceptan la sucesión de Pedro, éste les ha transmitido el derecho de aceptar o repudiar la asignación que ha dejado el testador a él; transmite a sus hijos el derecho de aceptar o repudiar la asignación que él no alcanzó a aceptar o repudiar.

Y en caso de conflicto entre el derecho de representación y el acrecimiento, ¿cuál preferirá? La cuestión no puede presentarse, porque tienen distinto campo de aplicación: el derecho de representación sólo procede en la sucesión abintestato, y el derecho de acrecer sólo en la sucesión testada. Ejemplo: 3 asignatarios; cuando fallece el testador, había ya fallecido el asignatario Pedro, dejando dos hijos; si éstos quisieren tomar parte en la sucesión, pierden, y ganarían Diego y Antonio, los cuales argumentarían: "Ustedes invocan el derecho de representación; pero como la sucesión es testamentaria, no tiene lugar dicho derecho, sino que sólo actúa el derecho de acrecer en nuestro favor".

2) Por incapacidad, indignidad o desheredamiento de alguno de los asignatarios o por no ser persona cierta y determinada. La porción de este asignatario acrece a la de los otros.

IV. Es necesario que el testador no haya nombrado en el testamento un sustituto al asignatario que falte.—Porque, en conformidad al artículo 1,163, la substitución excluye al acrecimiento; y en tal caso, el sustituto entra a ocupar el lugar del asignatario. "Dejo la tercera parte de mis bienes a Pedro, Juan y Diego; si Pedro faltare al momento de mi muerte, los bienes que le correspondieran pasarán a Antonio". Si Pedro fallece antes que el causante, no opera el acrecimiento, porque Antonio entra a substituir a Pedro y ya no falta, así, el asignatario.

V. Es necesario que el testador no haya prohibido el acrecimiento en el testamento. Perfectamente posible, porque el derecho de acrecer lo ha establecido el legislador interpretando la voluntad del testador; no hay nada más que una presunción de voluntad. Por eso puede prohibirlo expresamente. El artículo 1,155 dice que no hay lugar al acrecimiento cuando lo prohíbe el testador.

Características más importantes.—a) El derecho de acrecer es un derecho accesorio, lo que se traduce en decir que la porción acrece a la porción. Por eso se explica que, en conformidad al artículo 1,151, el asignatario no pueda repudiar su asignación propia y en cambio aceptar la asignación que acrece, porque para que haya acrecimiento es necesario que acepte su porción y, sólo una vez aceptada, acrece a ella la otra.

De acuerdo con el artículo 1,152, la porción que acrece pasa al asignatario con las mismas cargas que tenía al ser constituída por el testador, salvo que las haya establecido en consideración a una calidad o aptitud

personal del asignatario que falta. Ejemplo: "Dejo mis bienes a Pedro, Juan y Diego, e impongo a Pedro la obligación de construir un hospital". Si falta Pedro, acrece su porción a Juan y Diego, y pesa sobre ellos la obligación de construir el hospital. Pero si dice: "Dejo mis bienes a Pedro, Juan y Diego e impongo a Pedro, que es arquitecto, la obligación de construir un hospital"; si éste falta, no pasa su porción con la carga a los otros asignatarios.

b) Es un derecho que está en el comercio jurídico. Si bien es un derecho personal, no tiene las características del derecho personalísimo. Y como una consecuencia de no ser personalísimo, resulta que es perfectamente renunciable (artículo 1,151). No hay inconveniente para que el asignatario acepte su porción y renuncie la que le toca por acrecimiento. Pero el caso contrario no es posible jurídicamente, según lo vimos.

Hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 1,910, inciso 3.º, que reglamenta los efectos de la cesión de los derechos hereditarios. Establece que si se cede una cuota hereditaria, también se entienden cedidas las porciones que acrecen a esa cuota. Pedro, Juan y Diego son herederos; Diego cede su cuota a Juan, y Pedro renuncia: la cuota que acrece a Diego también pasa al cesionario. X (la cuota entera), -

Efectos del acrecimiento.—El acrecimiento supone la existencia de asignatarios conjuntos. Es preciso dilucidar cómo se dividen los bienes entre ellos. Hay que hacer un distinguo, según que en la asignación sólo vayan a concurrir asignatarios conjuntos o que concurren dos clases de asignatarios: unos que no son conjuntos y otros que lo son:

a) Concurren únicamente asignatarios conjuntos. "Dejo mis bienes a Pedro, Juan y Diego". Es el caso más simple, y no se presta a dificultades. En conformidad al artículo 1,098, inciso 3.º, los bienes se dividen por partes iguales entre los tres asignatarios: la tercera parte a cada uno. Si falta uno, se dividen entre los otros dos por mitades. Si queda uno solo, se lleva toda la herencia.

b) Concurren asignatarios conjuntos y asignatarios que no lo son. "Dejo la tercera parte de mis bienes a Pedro, otra tercera parte a Juan y la tercera restante a Diego y Antonio". Hay dos asignatarios que no son conjuntos: Pedro y Juan, y al mismo tiempo dos que lo son: Diego y Antonio, porque concurren sin determinación de cuota en una tercera parte de la herencia. Pueden presentarse en este caso varias situaciones. Por de pronto, los asignatarios conjuntos se consideran como una sola persona para concurrir con los otros asignatarios, y no se entienden faltar sino cuando todos ellos faltaren. Lo dispone el artículo 1,150. Acontece con ellos algo similar a lo que ocurre en la sucesión por estirpe en el derecho de representación. De este modo, corresponden un tercio a Juan y otro a Pedro, y un sexto a Antonio y otro sexto a Diego.

Los diversos casos o situaciones:

1) Si falta Antonio, que es uno de los asignatarios conjuntos, como entre él y Diego hay derecho de acrecer, la sexta parte de Antonio se la lleva íntegramente Diego; no beneficia a Pedro y Juan. Para que éstos pudieran tocar de esta tercera parte, sería preciso que faltaran los dos asignatarios conjuntos, Antonio y Diego. *Esto no toca porque la determinación de cuota*

2) Falta Pedro: su tercera parte se divide por mitad, correspondiendo una parte a Juan ($1/6$ de la herencia) y la otra a los dos asignatarios conjuntos, de manera que a cada uno vá a corresponder $1/12$ (porque se reputan como una sola persona y, por lo tanto, se van a dividir por mitad el otro sexto de Pedro). *malo el Cj.*

Hay un caso de jurisprudencia en el cual cabía aplicar estas reglas: Falleció doña Josefina Gutiérrez de Cobo y dijo en una cláusula de su testamento: "Lo que resulte haber de mis bienes a la hora de mi fallecimiento, lo dejo por partes iguales a mi sobrina Elena Gutiérrez y a mis primas con derecho de acrecer entre ellas, Rosario, Eulogia y Ester Ríos Cobo". Había cuatro herederos: la sobrina y las primas, éstas con derecho de acrecer. Las primas pretendieron que se dividiera la herencia en cuatro partes, y que debía corresponder una cuarta parte a cada uno de los herederos. La sobrina pidió que se dividiera en dos: una mitad para ella y otra mitad en la que debían concurrir conjuntamente las primas. La Corte Suprema, fijándose en cuotas, en la expresión "y" y en detalles, falló a favor de las primas cuando, aplicando el artículo 1,150, debía haber dividido la herencia en dos partes, para repartirlas conforme a lo alegado por la sobrina (Sentencia de 26 de octubre de 1926, "Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 10, sección I, página 473). Al pie de la sentencia aparece un comentario de don Luis Claro Solar, en el cual critica el criterio de la Corte Suprema.

La solución que se ha dado para la segunda situación (cuando falta Pedro), no es del todo exacta. Insistimos sobre ella. Dice el Código que cuando la herencia se divide por partes iguales hay lugar al acrecimiento. Y si se deja un tercio a Pedro, un tercio a Juan y un tercio a Diego, hay partes iguales, no cuotas distintas y, por lo tanto, debe haber lugar al acrecimiento. Pero creemos que esta interpretación no es correcta, porque si el legislador hace consideración especial de la expresión "por partes iguales", es porque se ha referido al caso que el testador emplee dicha expresión, y al decir "un tercio" no se ha valido de ella. Cuando deja un tercio a cada asignatario, ha establecido un límite, y quiere que el asignatario no lleve nada más que un tercio; por eso, en este caso, no habría lugar al acrecimiento. En cambio, cuando emplea la expresión "por partes iguales", no ha establecido límites y, por lo tanto, cabe el acrecimiento.

Concluimos por esta razón que si falta Pedro no hay acrecimiento, y la

solución sería: la tercera parte de Pedro no puede acrecer a Juan, Diego y Antonio, sino que tendría que pasar a los herederos abintestato del causante, y estaríamos en presencia de una sucesión, parte testada y parte intestada. Sería intestada en el tercio que correspondía a Pedro y que no llevó. Esta es la interpretación correcta, según nosotros. Claro que si fallece Diego, su parte corresponde a Antonio, porque respecto de ellos y del último tercio hay acrecimiento, por cuanto hay llamamiento sin determinación de cuota.

El artículo 1,154 contempla el caso del acrecimiento en los derechos de usufructo y uso y habitación y en las pensiones periódicas. "Dejo la nuda propiedad de mi casa a Pedro y el usufructo a Juan, Diego y Antonio". Son usufructuarios Juan, Diego y Antonio. Dice el artículo que el usufructo no se extingue sino cuando faltan todos los asignatarios; y si falta uno de ellos, su cuota acrece a los otros dos, y si fallecen dos, queda como usufructuario uno. En otros términos, sólo se consolida la propiedad cuando faltan todos los usufructuarios. El artículo 780 sienta esta misma doctrina, refiriéndose al usufructo. Porque el legislador tenía dos caminos: consolidar el dominio cuando falleciera uno de los usufructuarios o hacer que se junte a los otros la parte de éste fallecido y sólo consolidar el dominio cuando fallecieran todos. Prefirió la última doctrina. ¿Y por qué en el ejemplo no pasó el usufructo del asignatario fallecido a los herederos? Porque el usufructo es intransmisible.

Verse 105

índice

LA SUBSTITUCION

Concepto y clases de substitución.—En términos amplios, la substitución se presenta cuando se nombra en el testamento un asignatario para que reemplace a otro que falte. Puede ser de dos clases: vulgar y fideicomisaria. A la vulgar se refiere el artículo 1,156, y a la fideicomisaria el artículo 1,164.

La substitución vulgar, en conformidad al artículo 1,156, es aquélla en que se designa un asignatario para que pase a ocupar el lugar de otro que repudia la asignación o que antes de habersele deferido no puede adquirir, por fallecimiento u otra causa que extinga su derecho eventual. "Dejo mis bienes a Pedro, Juan y Diego; y si falta Diego, que pasen a Antonio, y si falta éste, a José".

La substitución fideicomisaria es aquélla en que se designa a un asignatario que se hace dueño absoluto de una asignación que otra persona poseía en propiedad fiduciaria si se cumple una condición que se ha impuesto. En otros términos, esta substitución es sencillamente un fideicomiso. Por eso se rige por las reglas de la propiedad fiduciaria. "Dejo mi casa a Pedro, la

asignación se designa a un asignatario para reemplazar a otro, en caso de falta este o de cumplimiento de una condición.

cual pasará a Juan una vez que se reciba de abogado". Juan es fideicomisario, y va a adquirir la propiedad cuando se cumpla la condición.

Reglas a que está sometida la substitución vulgar.—Para que pueda operar la substitución vulgar, se requieren los siguientes requisitos:

I. Es necesario que se trate de una sucesión testamentaria. No hay substitución de la sucesión abintestato. Porque supone una manifestación expresa de la voluntad del testador. Por lo demás, aparece así de manifiesto con la ubicación del párrafo 9.

II. Es necesario que el testador expresamente haya instituido la substitución. No hay substitutos legales ni por interpretación de la voluntad del testador. Aparece esto más de manifiesto en presencia del artículo 1,162, según el cual, si el asignatario es descendiente legítimo del difunto, no se entiende que los descendientes legítimos del asignatario pasen a substituirlo, salvo que el testador lo disponga expresamente. "Dejo a mi hijo Pedro mi casa". Si falta Pedro, dejando hijos, a su vez, por el hecho de que el asignatario sea descendiente legítimo no se entiende que hay substitución, porque no lo dijo el testador.

El nombramiento de los substitutos puede adquirir diversas modalidades, como lo disponen los artículos 1,158 y 1,159. En conformidad a ellos, pueden presentarse diversos casos:

1) El más simple: Si falta el asignatario Pedro, los bienes pasarán a Juan. Hay substitución de un solo grado.

2) No hay inconveniente para que se nombren varios substitutos: "Dejo mis bienes a Pedro, y si Pedro falta pasarán a Juan; y si Juan falta, a Antonio...". Pueden nombrarse substitutos de diversos grados.

3) Pueden substituir muchos asignatarios a uno o uno a muchos: "Dejo mi casa a Pedro; si falta, pasará a los hijos de Juan": muchos substitutos a uno. "Dejo mi casa a los hijos de Juan; si faltan, pasarán a Antonio": uno a muchos. Expresamente permitido por el artículo 1,159.

III. Es necesario que falte el asignatario directo. Porque si no falta, se lleva la asignación. Se entenderá que falta en los mismos casos que se entendía faltaba para el acrecimiento: fallecimiento, incapacidad, indignidad, no ser persona determinada, por repudiar la asignación o ser desheredado.

El inciso 3.º del artículo 1,156 sienta una regla según la cual no se entiende faltar el asignatario una vez que ha aceptado, salvo que se invalide la aceptación.

El fallecimiento del asignatario directo para que opere la substitución. Como en el caso del acrecimiento, para que tenga lugar la substitución, es necesario que el fallecimiento del asignatario directo se haya producido con anterioridad al del causante. Porque si se produce con posterioridad, ya no

cable aplicar la substitución, sino que entra a actuar el derecho de transmisión. Ejemplos: "Nombro herederos a Pedro y Juan, y si fallece Pedro, nombro substituto a Diego". Fallece el testador el año 38, y el 37 había fallecido Pedro. Diego entra a substituirlo. En cambio, el testador fallece en diciembre del 37, y Pedro el 1.º de enero del 38, dejando como heredero a Pedro 1.º Al substituto Diego nada corresponde, sino que pasa la herencia por derecho de transmisión a Pedro 1.º, porque la substitución supone que el asignatario falte, y no falta el que existe al momento del fallecimiento del causante. Por eso, consecuente, el artículo 1,163 establece que el derecho de transmisión excluye al derecho de substitución, y el de substitución a su vez al de acrecimiento.

¿Y el derecho de representación prima sobre el derecho de substitución? Por regla general, entre ambos no pueden producirse colisiones, porque la representación actúa en la sucesión intestada y la substitución, por el contrario, recibe aplicación exclusivamente en la sucesión testamentaria. Idea plenamente confirmada con el artículo 1,162, que establece que si el asignatario es descendiente legítimo y falta, no se entienden llamados a suceder sus descendientes legítimos, porque ello significaría una verdadera representación.

¿Podría presentarse algún caso de colisión? Hay un caso en que la representación actúa dentro de la sucesión testamentaria: el de los legitimarios. "Dejo lo que corresponde por ley a mis hijos legítimos Pedro, Juan y Diego, y si falta Pedro, a mi amigo Antonio". Ha nombrado un substituto para su hijo Pedro. Si Pedro fallece dejando dos hijos, nada corresponde a Antonio, porque en las legítimas se aplica el derecho de representación: los bienes corresponden por representación a los hijos de Pedro.

El artículo 1,157 da una regla según la cual si el testador establece una substitución para un caso particular, se entiende que se aplica para casos no previstos por él. "Dejo mis bienes a Pedro, Juan y Diego; si Pedro fallece antes que yo, pasarán a Antonio". Pedro fallece después; pero antes se hace incapaz. El testador sólo previó el fallecimiento; pero, interpretando su voluntad, el artículo 1,157 hace aplicable la substitución.

Substitución fideicomisaria.—En cuanto a la *substitución fideicomisaria*, nos remitimos al título VIII del libro II. Dentro de este párrafo 9, el título 1,165 establece que si se nombran substitutos para el fideicomisario, estas substituciones deben entenderse vulgares y no fideicomisarias. Porque aceptar dos o más substitutos fideicomisarios es lo mismo que establecer fideicomisos sucesivos, y el artículo 745 expresamente los prohíbe. "Dejo mi fundo a Juan, el cual pasará a José cuando se reciba de abogado, a Antonio cuando sea Ministro de la Corte, si falta José". Antonio se entiende substituto vulgar

de José. Otro ejemplo: "Dejó mi casa a Pedro, la cual pasará a Juan si Aguirre es Presidente de la República; y si falta Juan, a Diego". Diego se entiende substituto vulgar de Juan; y si Aguirre es Presidente y había fallecido Juan, lo substituye Diego. Pero si Juan estaba vivo, se lleva la asignación.

El artículo 1,166 dice que en caso de existir dudas acerca de si la substitución es vulgar o fideicomisaria, debe entenderse que es vulgar.

Diferencias principales entre las substituciones vulgar y fideicomisaria:

1) En la substitución vulgar existe un solo derecho. En la substitución fideicomisaria va a haber dos titulares: primero goza de la cosa el propietario fiduciario y, cumplida la condición, pasa a dueño el fideicomisario;

2) En la substitución vulgar no hay ninguna condición; la substitución fideicomisaria supone la existencia de una condición;

3) Substitutos vulgares puede haber hasta el infinito; solo puede haber substitución fideicomisaria de primer grado.

Diferencias entre la substitución vulgar, el derecho de representación, el de acrecer y el de transmisión.—Hemos estudiado los cuatro derechos que pueden intervenir en la sucesión por causa de muerte: el de representación, el de transmisión, el de acrecimiento y el de substitución.

El derecho de representación, contemplado en el artículo 984, es una ficción en virtud de la cual 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 quisiere o no pudiese heredar. Sólo opera en la sucesión intestada. (Véase art. 1183).—

El derecho de transmisión está contemplado en el artículo 957, según el cual si un heredero fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia, transmite a sus herederos la facultad de aceptar o repudiar dicha herencia. Por su ubicación, se aplica en la sucesión testamentaria y en la sucesión intestada.

El derecho de acrecimiento, según los artículos 1,147 y 1,148, se presenta cuando dos o más asignatarios son llamados a una misma cosa en su totalidad, sin determinación de cuotas, y falta uno de ellos: la parte de éste que falta se agrega a los otros.

La substitución vulgar, de acuerdo con el artículo 1,156, consiste en la designación de un asignatario que pasa a reemplazar a otro que falta.

Debemos considerar cuál de estos cuatro derechos prima. Hay que excluir al derecho de representación, por cuanto se aplica en la sucesión intestada, y los otros tres en la sucesión testamentaria. De estos tres, el que prima sobre los demás, es el derecho de transmisión. Lo dice el artículo 1,163.

Y ello, porque el acrecimiento y la substitución parten de la base que falte el asignatario; en cambio, si existe, opera la transmisión. En segundo término, actúa la substitución, como también lo dice el artículo 1,163, porque precisamente el substituto se ha nombrado para reemplazar al asignatario directo; la substitución es la voluntad expresa del testador, y mal podría caber antes el acrecimiento cuando él sólo interpreta la voluntad del testador. Y, finalmente, si no operan la transmisión y la substitución, viene el acrecimiento. Es el orden que establece el artículo 1,163.

Però el derecho de transmisión se aplica tanto en la sucesión testamentaria como intestada, y dentro de la sucesión intestada también se aplica la representación. ¿Cuál prima? El conflicto no puede presentarse, porque la representación supone que el asignatario falte al momento de deferírsele la asignación; el asignatario debe fallecer antes que el causante. Para la transmisión se requiere lo contrario: el asignatario debe existir al fallecimiento del causante, pero no alcanza a manifestar su voluntad y transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar la asignación.

Sin embargo, la representación también procede en el caso que el heredero fuere indigno, incapaz, desheredado o repudiar la asignación. ¿Podría producirse algún conflicto entre la transmisión y la representación en estos casos? Aun en estos casos, no. No es posible tratándose de la repudiación, porque si el heredero ha repudiado la asignación, ha fallecido después de haber manifestado su voluntad y, por lo tanto, no cabe aplicar la transmisión, ya que ésta supone que el asignatario fallezca sin haber aceptado o repudiado. Y tampoco se aplicaría la transmisión en los casos de incapacidad, indignidad y desheredamiento, porque si el que pretende transmitir el derecho es incapaz, indigno o desheredado, evidentemente no puede transmitirlo, por cuanto el legislador parte de la base que dicha persona sea capaz, digna y no desheredada. En resumen, no pueden producirse conflictos entre el derecho de transmisión y el derecho de representación.

[índice](#)

CAPITULO II

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

GENERALIDADES

Sistemas que rigen la transmisión hereditaria.—Los tres principales sistemas que rigen la transmisión hereditaria son: el de “conservación forzosa”, el de “partición forzosa” y el de la “libertad de testar”.

En el primero de ellos, los bienes o patrimonio de la familia (casa, taller) se transmiten íntegramente a un heredero, sin que el propietario tenga derecho a intervenir en la elección de su sucesor.

Bajo su forma más habitual, este sistema atribuye la herencia al mayor de los hijos varones; y en defecto de varones, al mayor de los varones de la rama colateral principal. El nombre de la familia se transmite, naturalmente, con el patrimonio. Esta institución era designada generalmente con el nombre de “primogenitura”. Este derecho toma a veces formas más absolutas, y entonces es heredero el mayor de los hijos del último propietario, sin distinción de sexos. Otras veces es el heredero íntegro y forzoso el descendiente de una hija con preferencia al del hijo.

Este sistema existe en Suecia, Dinamarca, Escocia.

Bajo el régimen de “partición o división forzosa” no se puede disponer con entera libertad, por lo menos, de la mitad de los bienes, aunque se llegase a tener seis herederos inmediatos o descendientes.

Este régimen existe en Francia, Portugal y algunos otros países.

Por el sistema de “libertad de testar” el testador puede disponer de sus bienes sin cortapisas.

Ejemplo típico de país en que rige este sistema es Inglaterra.

Derecho de testar y libertad de testar.—Con mucha razón se dice que entre el derecho de testar y la libertad ilimitada de testar hay un abismo; la una es el uso, la otra, el abuso.

Concepto de las asignaciones forzosas.—Vimos con anterioridad un límite a la libertad de testar, derivado de la incapacidad, absoluta o relativa, que tienen ciertas personas para recibir. Se nos presenta ahora el reverso de la medalla, es decir, ciertas personas a las que el testador no puede impunemente preterir, o beneficiar por debajo de un *mínimum* fijado por la ley: son los asignatarios forzosos.

Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas (artículo 1,167, inciso 1.^o).

Ventajas y desventajas de las asignaciones forzosas.—Entre los juristas, los economistas y los moralistas hay una viva disputa sobre la bondad de las asignaciones forzosas. Los adversarios, entre los que sobresale Le Play con su famosa "Reforma Social", invocan el derecho de propiedad, que consideran violado por estas trabas a la libertad de testar del padre de familia; aducen también que la potestad paterna se ve debilitada por el hecho de que los hijos puedan exigir esa parte intangible del patrimonio del padre, y éste no encuentra en el testamento un medio suficiente de recompensa o castigo a sus hijos (1). Por otra parte, se dice, las asignaciones forzosas fomentan la ociosidad de los hijos, pues cuando el padre tiene cierta fortuna se acostumbran al pensamiento de que su subsistencia y porvenir están asegurados sin mayor esfuerzo; son los "hijos de papá". Se afirma también que las asignaciones forzosas apagan el espíritu de empresa. Y, finalmente, se arguye, son hasta inmorales, porque hay hijos que llegan a desear la muerte del padre para heredarlo.

Entre las ventajas, se menciona la de facilitar la división de la propiedad territorial; la de evitar las rencillas y dificultades entre los hijos, etc.

Nosotros somos partidarios de la libertad de testar, que no excluye la idea de atender a las obligaciones de alimentar y educar a los hijos hasta que estén en condiciones de ganar lo necesario para la vida.

Enumeración de las asignaciones forzosas.—Las asignaciones forzosas son cuatro:

- 1.^o Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;
- 2.^o La porción conyugal;
- 3.^o Las legítimas;
- 4.^o La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos.

Desarrollo histórico a través de diversos proyectos.—En los primitivos proyectos y en el del 53 se consideraban como asignaciones forzosas las

(1) V. Polacco, obra citada.

tres primeras que contempla el artículo 1,167; no se contemplaba la cuarta de mejoras. Por el contrario, se contemplaban otras que desaparecieron: los impuestos que gravaban la herencia, los gastos de funerales, los gastos de apertura de la sucesión, y cuya mayor parte fueron consideradas como baja general de la herencia en el artículo 959. Fué la Comisión Revisora la que las suprimió y agregó, en cambio, la cuarta de mejoras en el orden de los descendientes legítimos.

Sistema de transmisión en nuestra legislación.—La presencia en nuestro Código de asignaciones forzosas significa lisa y llanamente que nuestro legislador no acepta la libertad de testar. Decir que en la ley hay asignaciones forzosas es sinónimo de decir que no hay libertad de testar. Recordemos que Bello, influenciado por las ideas inglesas, era partidario del principio de la libertad de testar, pero no se atrevió a implantarlo. Esta preferencia suya aparece de manifiesto en sus proyectos, donde las personas podían disponer libremente de la mayor parte de sus bienes. Hoy en día, si una persona no tiene asignatarios forzosos, dispone de la totalidad de los bienes; si tiene asignatarios forzosos que no sean descendientes legítimos, dispone de la mitad; si tiene descendientes legítimos, sólo puede disponer libremente de la cuarta parte de la herencia. Esta es la situación actual. Más podía disponer el testador en el Proyecto de Bello. Por dos razones:

a) Porque Bello no contempló la cuarta de mejoras;

b) Porque en su Proyecto la legítima no era una cantidad fija, sino variable, y lo que estaba obligado el testador a dejar como legítima era la mitad de lo que al legitimario le correspondía en la sucesión abintestato. Supongamos que fallece una persona que tiene cónyuge, hermanos legítimos e hijos naturales. En la actual legislación, el testador tiene que dejar al hijo natural la mitad legitimaria, y sólo va a poder disponer de la otra mitad. Según el Proyecto de Bello, como al hijo natural le correspondía la tercera parte de la herencia por sucesión abintestato, su legítima sólo iba a ser la sexta parte de la misma, es decir, la mitad de un tercio, y el testador podía disponer libremente de los 5/6 restantes. Otro ejemplo: Fallece el testador dejando hijos. Según el Proyecto de Bello, podía disponer libremente de la mitad de la herencia, porque no había cuarta de mejoras. Hoy sólo puede disponer libremente de la cuarta parte de la herencia.

Medios por los cuales pueden defender su porción los asignatarios forzosos.—Dado el carácter de orden público que revisten las asignaciones forzosas, el legislador da a los asignatarios forzosos derechos para que defiendan sus asignaciones, y por diversos medios hace que el testador aun en vida no pueda entrar a destruir o menoscabar las asignaciones forzosas.

Por eso, velando por los derechos de los asignatarios forzosos, ha establecido la interdicción del demente y disipador. Porque si bien al disipador no le importa malgastar su fortuna, las consecuencias las van a sufrir los asignatarios.

Luego, toda donación irrevocable mayor de \$ 2,000 requiere insinuación, la cual se exige precisamente con el fin de que la donación hecha por el testador no vaya a perjudicar a los legitimarios.

En seguida, al hablar de las asignaciones a título universal, en el último artículo del párrafo (1,103) dice que todas sus disposiciones se entienden sin perjuicio de la acción de reforma del testamento que corresponde a los legitimarios y cónyuge; y al hablar de las donaciones revocables, dice también que se entienden sin perjuicio de lo que se dirá en el título "De las asignaciones forzosas".

Por este mismo motivo, ha establecido los acervos imaginarios, en los artículos 1,185 y 1,186, que tienen por objeto precisamente defender a los legitimarios de las donaciones que pueda haber hecho el causante.

Y, por último—derecho el más eficaz—ha dado a los asignatarios forzosos la acción de reforma del testamento, que contempla el artículo 1,216 y que corresponde al legitimario a quien se priva de su legítima injustamente y al cónyuge a quien se priva de su porción conyugal.

Pérdida de las asignaciones forzosas.—Pero al mismo tiempo el legislador se pone en el caso que el legitimario se haya comportado indebidamente en vida del causante, que no le haya guardado el debido respeto y no se haya hecho acreedor a su gratitud. Sería absurdo y poco equitativo entonces que el causante estuviera obligado siempre a dejarle la asignación forzosa. Por eso, como un remedio a esta situación, como una válvula de escape a la no libertad de testar, el legislador establece el desheredamiento, que, de acuerdo con el artículo 1,207, consiste en la cláusula testamentaria por medio de la cual el testador priva a un legitimario de todo o parte de su legítima, siempre que haya una causa legal, porque la privación de la legítima no puede quedar al arbitrio del causante. Por otra parte, cuando el cónyuge sobreviviente tiene alguna causal de indignidad con respecto al cónyuge favorecido, tampoco tiene derecho a llevar porción conyugal. Y en los casos de injuria atroz, también cesa el derecho de alimentos. En otros términos, si bien los asignatarios forzosos tienen derecho a su asignación y el legislador les da en ciertos casos la acción de reforma del testamento, también en ciertos casos calificados pierden el derecho a estas asignaciones.

Las asignaciones forzosas tienen lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.—Quizás de leer el solo artículo 1,167 po-

dría llegarse al error de considerar que sólo se aplican en la sucesión testamentaria: "las que el testador es obligado a hacer". Pero proceden también en la sucesión intestada, salvo la cuarta de mejoras. Si el legislador se refirió al caso del testamento, es porque en esta situación hay temor de que el testador no respete la asignación forzosa, en tanto que el legislador la respeta, porque la ha establecido.

índice

ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS

Diferencias entre éstas y las asignaciones alimenticias voluntarias.—Como lo dijimos al estudiar el derecho de alimentos y repetido al hablar de las bajas generales de la herencia, cabe distinguir entre alimentos voluntarios y legales o forzosos. Sólo constituyen una asignación forzosa los alimentos legales, los que se deben por ley. Los alimentos voluntarios son sencillamente un legado, y se sacan de la cuarta de libre disposición. Sobre esta idea, ya manifestada por el legislador, al tratar en el artículo 1,134 del legado de alimentos, insiste el Código en el artículo 1,171, diciendo expresamente, en síntesis, que los alimentos voluntarios se imputarán a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer libremente.

El artículo 1,168 dice que los alimentos que el testador ha debido por ley a ciertas personas gravan toda la masa hereditaria, salvo que el testador manifieste su voluntad de imponer el gravamen a uno o más partícipes de la sucesión. De modo que en el silencio del testador gravan la masa hereditaria. Concuerdá, pues, este artículo con el artículo 959, N.º 4.º, que señala a los alimentos forzosos como una baja general de la herencia. De estos dos artículos deducíamos, al tratar las características del derecho de alimentos, que la obligación alimenticia es intransmisible, por cuanto el artículo 1,168 dice que grava la masa hereditaria y el artículo 959, que es una baja general. No se impone, pues, la asignación a los herederos, sino que a la masa hereditaria.

Controversia sobre la expresión "ha debido por ley".—Estas palabras empleadas por el artículo 1,168 han suscitado largas discusiones. ¿Qué ha querido significar el legislador? Se han vertido diversas opiniones. Algunos consideran que solamente el testador ha debido por ley los alimentos cuando en vida se dictó la sentencia condenatoria que obligábalo a proporcionar los alimentos al alimentario. Otros no exigen que se haya dictado la sentencia condenatoria, sino que creen que el difunto los había debido por ley siempre que en vida se hubiera iniciado el juicio en el cual se le demandaban los alimentos. Y otros consideran que no es necesario que se haya

dictado sentencia condenatoria ni que tampoco se haya iniciado dicho juicio, sino que habría asignación forzosa aun en el simple caso que el testador buenamente hubiera estado dando los alimentos. Por ejemplo, el testador estaba dando alimentos a un hermano legítimo; si fallece, es evidente que debía por ley esos alimentos, por cuanto el artículo 321 contempla el caso del hermano legítimo y le da derechos alimenticios y el mismo testador reconoció voluntariamente esa obligación alimenticia. En este caso, la sentencia no viene nada más que a declarar el derecho establecido por el legislador. Consideramos que es ésta la doctrina más legal y equitativa. Ha sido aceptada en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago: 29 de septiembre de 1922, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 23, sección II, página 36.

El difunto debe haber debido en vida los alimentos. Excepción.—

De modo que, por regla general, se requiere que el difunto haya debido en vida los alimentos. Ahora bien, el artículo 1,169 contempla un caso de excepción. Según este artículo, si el testador reconoce en el testamento a un hijo ilegítimo con la intención de conferirle los derechos de tal, tendrá este acción contra los herederos para exigirles los alimentos que le habría debido el difunto si viviese, pero sin acción retroactiva. Aquí el derecho del hijo ilegítimo no existía en vida del testador, porque no estaba reconocido; su derecho a los alimentos sólo arranca del testamento en el cual ha sido reconocido.

Agrega el inciso 2.º que lo cual se entiende si el testador no lo reconociere con la intención de conferirle los derechos de hijo natural y no tuviere efecto su reconocimiento en este sentido. De este inciso 2.º tomó pie la Corte Suprema para dictar una sentencia que se puede calificar de monstruosidad jurídica. Un hijo natural fué reconocido en el testamento. Pero como al mismo tiempo el testador dejó hijos legítimos, no le tocó nada en la herencia. Entonces entabló demanda de alimentos contra los herederos; y la Corte dijo que el artículo 1,169 sólo daba alimentos al hijo ilegítimo y que precisamente en el inciso 2.º excluía al hijo natural (Sentencia de 16 de abril de 1906, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 6, sección I, página 294). Al pie aparece una crítica interesante de don Luis Claro Solar. En este caso, es evidente que si el hijo natural reconocido en el testamento pasaba a tener derechos hereditarios, no tendría derecho a alimentos; pero si era excluido en los derechos hereditarios, no había razón para excluirlo del derecho a los alimentos.

Los asignatarios de alimentos forzosos no están obligados a concurrir en el pago de las deudas hereditarias.—Así se desprende del ar-

título 1,170. Pero podrán rebajarse los alimentos futuros, agrega el mismo artículo, que parezcan desproporcionados a la fuerza del patrimonio efectivo.

El artículo 1,170 concuerda con el 1,363, que, al hablar de los legados preferidos para el pago de las deudas hereditarias, también se refiere a las asignaciones de alimentos forzosos, ^Uexcluyéndolas de concurrir. [índice](#)

PORCIÓN CONYUGAL

Definición.—El artículo 1,172 define la porción conyugal diciendo que "es aquella parte del patrimonio ^{del cónyuge sobreviviente} que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación".

Antecedentes históricos.—El origen de la porción conyugal se remonta al Derecho Romano de la época de Justiniano. Este había dispuesto, por la Novela 22, capítulo 18, que si alguno se casaba con mujer sin dote y la repudiaba después sin causa legal, le debía entregar la cuarta parte de sus bienes, si éstos valían cuatrocientas libras de oro o menos; pero nunca más de cien libras, aunque la fortuna del marido excediese de esta suma (1).

Más tarde, este beneficio fué objeto de nueva reglamentación por el mismo Emperador.

En la antigua legislación española encontramos antecedentes de la porción conyugal en las Partidas, que decían:

"Páganse los omes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa e derecha es, pues que las aman e las honran en su vida, que non finquen desamparadas a su muerte. Por esta razón tuvieron por bien los sabios antiguos que si el marido non dejase a tal muger en que pudiesse bien e honestamente vivir, nin ella lo hoviese de lo suyo que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer haya fijos; pero esta quarta parte non debe montar más de cien libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta hoviese de lo suyo con que vivir honestamente non ha demanda ninguna de los bienes del finado, en razón desta quarta parte" (2).

Principales diferencias entre la cuarta marital del antiguo Derecho Español y la porción conyugal nuestra.—Contentémonos con señalar dos:

(1) L. Claro Solar, "La porción conyugal, la comunidad de bienes y un fallo de casación". Estudio publicado en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVII, sección Derecho, páginas 75-107.

(2) Ley 7.^a, título 13, Partida 6.^a

1) La porción conyugal corresponde, dice el artículo 1,172, al cónyuge sobreviviente. La ley no hace distinción entre marido y mujer y, por lo tanto, corresponde a uno y otra. En cambio, en la legislación española sólo correspondía a la mujer. Es verdad que los comentaristas extendían también el beneficio al marido, pero la ley no lo hacía.

2) La porción conyugal de nuestro Código no tiene límites en la cuantía; en cambio, la cuarta marital de la legislación española era limitada: no podía "montar más de cien libras de oro, cuanto quier que sea grande la herencia del finado".

Diferencias entre la porción conyugal y las pensiones alimenticias.—Según se desprende de la propia definición del Código Civil, la porción conyugal se da al cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación. A primera vista, puede parecer que no es más que una pensión alimenticia, ya que también los alimentos congruos se deben a personas que carecen de lo necesario para su congrua sustentación. Pero si bien hay cierta semejanza entre ambas instituciones, también existen diferencias profundas:

1) Carece de porción conyugal el cónyuge que se hubiere divorciado por su culpa o fuere indigno; en cambio, estas circunstancias no lo privan del derecho de alimentos. Sólo le priva de él la injuria atroz.

2) La porción conyugal es, por regla general, de una cuantía mucho más subida que la de la pensión alimenticia. Pueden corresponder a un cónyuge cien mil o más pesos. En cambio, lo que corresponde por alimentos son generalmente pensiones que habilitan para subsistir congruamente.

3) Lo que se adquiere por porción conyugal se incorpora definitivamente al patrimonio del cónyuge; éste pasa a ser dueño absoluto y, como tal, puede enajenar, transmitir, ceder. En cambio, el derecho de alimentos sólo viene a dar un crédito, contra el que debe alimentos, y se viene a pagar, no de una vez, como la porción conyugal, sino periódicamente; y todavía más, el derecho de alimento no devengado tiene el carácter de personalísimo: no puede cederse ni transmitirse.

4) En el derecho de alimentos no hay cosa juzgada. Si a una persona se le dan alimentos hoy y después mejora de situación, cesa el derecho. La porción conyugal se debe al cónyuge pobre al momento del fallecimiento del otro cónyuge, y el hecho de que con posterioridad adquiriera bienes no hace que caduque la porción conyugal.

5) La porción conyugal, en lo que se refiere a la cuantía, está determinada por el legislador; dice a cuánto asciende. La cuantía de los alimentos es fijada por el juez.

CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE TENGA DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL

I. **Pobreza del cónyuge sobreviviente.**—*¿Qué se entiende por pobreza del cónyuge?* Como condición básica, que da carácter a la institución, es necesario que el cónyuge sobreviviente sea pobre. Esta pobreza es relativa, sui generis y, en algunos casos, paradójal. Como se desprende del artículo 1,176, se puede decir que el cónyuge es pobre para el efecto de la porción conyugal en estos tres casos:

- 1) Cuando su pobreza es absoluta;
- 2) Cuando tiene bienes, pero en cantidad inferior a lo que le corresponde por porción conyugal. Por ejemplo, le va a corresponder por porción conyugal 100 y tiene 50. No obstante, se entiende que es pobre;
- 3) Cuando, teniendo bienes de cualquier cuantía, hace uso del derecho de opción que le confiere el artículo 1,177 y renuncia a sus bienes propios y se queda con la porción conyugal.

Cuando el cónyuge carece absolutamente de bienes o cuando abandona sus bienes propios, tiene derecho a lo que se llama la porción conyugal "íntegra". Cuando tiene bienes, pero en cantidad inferior a lo que le corresponde por porción conyugal, tiene derecho a la porción conyugal "complementaria", contemplada en el artículo 1,176.

Momento en que debe existir la pobreza.—Disponen expresamente los artículos 1,174 y 1,175 que es necesario que la pobreza exista al momento del fallecimiento del otro cónyuge. Es en dicho momento que debe considerarse este primer requisito. Por eso, el artículo 1,174 establece que el derecho del cónyuge no caducará por el hecho de que con posterioridad adquiera bienes. Por ejemplo, si al momento del fallecimiento del cónyuge sobreviviente carecía en absoluto de bienes, pero al día siguiente obtiene el premio mayor de la Polla, esta circunstancia no lo priva de su porción conyugal. Por el contrario, si al momento del fallecimiento del otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal y con posterioridad cae en pobreza, no por este hecho adquiere derecho a porción conyugal. Lo dice el artículo 1,175. Un cónyuge rico aficionado a especulaciones bursátiles: si a la semana siguiente del fallecimiento del otro cónyuge pierde toda su fortuna, no tiene derecho a porción conyugal.

II. **El cónyuge sobreviviente no debe haber dado lugar al divorcio por su culpa.**—Es necesario, de acuerdo con el artículo 1,173, que el cónyuge sobreviviente no se hubiere divorciado por su culpa. Disposición

que concuerda con el artículo 994, que ya establece como sanción para el cónyuge que se divorcia por su culpa el que pierda su derecho de suceder abintestato al otro cónyuge. Tiene, en consecuencia, dos sanciones. Para que el cónyuge que se divorcia incurra en la pérdida de la porción conyugal son necesarios tres requisitos:

1) Que se trate de divorcio perpetuo. No lo dicen los artículos 1,173 ni 994, pero lo concluimos así porque el divorcio temporal no produce efectos respecto de los bienes;

2) Que el divorcio se haya decretado por culpa del cónyuge sobreviviente. No basta con que haya dado lugar a la causal; por ejemplo, enfermedad contagiosa, grave e incurable, porque siempre tiene derecho a porción conyugal en este caso. Exige culpa el legislador, porque la privación de la porción conyugal es una sanción.

3) Que el divorcio se haya declarado por sentencia ejecutoriada dictada en vida de ambos cónyuges.

III. El cónyuge sobreviviente no debe ser indigno de suceder al cónyuge fallecido.—Este párrafo de la porción conyugal no lo dice expresamente; pero la porción conyugal es una asignación por causa de muerte, y condición indispensable para recibir una asignación es que el asignatario no sea indigno. No nos hemos referido a la incapacidad, porque en realidad ésta no podría presentarse con respecto a la porción conyugal; ninguna causal de incapacidad puede presentarse en ella.

DIVERSAS CLASES DE PORCIÓN CONYUGAL

La porción conyugal puede ser de tres clases: porción conyugal teórica, porción conyugal efectiva y porción conyugal ficticia.

I La porción conyugal teórica.—Es aquella que la ley asigna, aquella que está determinada en cuanto a su cuantía por la ley. Está contemplada en el artículo 1,178. Para saber a cuánto asciende, hay que distinguir según que en la sucesión del causante haya o no descendientes legítimos.

a) No hay descendientes legítimos, aun cuando existan otros legitimarios: la porción conyugal, en conformidad al inciso 1.º del artículo 1,178, es la cuarta parte de la herencia. Constituye en este caso una baja general de la herencia, la contemplada en el N.º 5.º del artículo 959: "La porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos". De modo que no se puede decir que la porción conyugal sea la cuarta parte del acervo líquido—aquél que resulta después de hacer las deducciones del artículo 959—por cuanto la porción con-

yugal es precisamente una de estas deducciones. Por eso, es más propio decir que es la cuarta parte del acervo ilíquido después de haber hecho las deducciones de los números 1 a 4. Y de ahí que, para computar la porción conyugal, cuando no hay descendientes legítimos, se computa el acervo ilíquido después de las bajas generales de los números 1 a 4 del artículo 959.

b) Si hay descendientes legítimos, dice el inciso 2.º que el cónyuge se contará entre los hijos, y la porción conyugal asciende a la legítima rigorosa del hijo. De modo que cuando hay descendientes legítimos la porción conyugal no es una baja general de la herencia, sino que se saca de la mitad legitimaria.

Este inciso 2.º se encarga expresamente de decir que, cuando hay descendientes legítimos, la porción conyugal es igual a la legítima rigorosa. Pero además existe la legítima efectiva, que es la legítima rigorosa con las agregaciones que se hacen de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, cuando el testador no dispuso o no tuvo efecto su disposición. A ésta se refiere el artículo 1,191, inciso 2.º. Y, como lo dice expresamente el inciso 3.º de este mismo artículo, la legítima efectiva no es la que corresponde al cónyuge por porción conyugal.

✓ La porción conyugal efectiva.—Puede decirse que es aquella que realmente le va a corresponder al cónyuge. Viene a ser la porción conyugal reducida a número, y se puede representar por el signo pesos (\$).

et Puede ser íntegra y complementaria. La porción conyugal es íntegra cuando el cónyuge sobreviviente no tiene bienes de ninguna especie, cuando su pobreza es absoluta. En este caso, recibe la totalidad de lo que le corresponde por porción conyugal. En cambio, la porción conyugal complementaria se presenta cuando el cónyuge tiene bienes, pero en cantidad menor a lo que le correspondería por porción conyugal. A ésta se refiere el artículo 1,176, que establece que si el cónyuge tiene bienes a cualquier título en la sucesión del difunto, sólo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal. Por ejemplo, al cónyuge le corresponden \$ 100 por porción conyugal, pero tiene \$ 40: lo que ya tiene es inferior a lo que le correspondería por porción conyugal. Tiene derecho a porción conyugal, pero complementaria; tiene derecho al complemento. De aquí que el complemento de la porción conyugal es aquella diferencia que hay entre los bienes que tiene el cónyuge sobreviviente y los que le corresponden por porción conyugal.

El origen de los bienes que puede tener el cónyuge sobreviviente puede ser por diversos títulos:

- a) Porque los aportó al matrimonio y retiró al disolverse la sociedad conyugal;
- b) Porque los adquirió a título de gananciales;

c) Porque el mismo cónyuge fallecido se los asignó en el testamento; es decir, porque los adquirió a título de herencia o legado.

Por eso, el artículo 1,176, inciso 2.º, dice precisamente que "se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare".

Cuando hay lugar a la porción conyugal complementaria, se produce lo que se llaman las deducciones a la porción conyugal. Son aquella parte de los bienes que tiene el cónyuge sobreviviente y que, por lo tanto, no va a llevar en la porción conyugal. Es precisamente la parte que da origen a la porción conyugal complementaria. Por ejemplo, la porción conyugal es \$ 100, y el cónyuge tiene bienes propios por \$ 40. Las deducciones son estos \$ 40, los cuales se van a imputar a la porción conyugal para el efecto de pagarlos. Entonces, se pagan los \$ 100, pero con los \$ 40 y, en consecuencia, se le completan otros \$ 60.

III **La porción conyugal ficticia.**—Está contemplada en el artículo 1,179. Se presenta cuando el cónyuge tiene bienes, pero en cantidad superior a lo que le corresponde por porción conyugal; entonces propiamente no tiene derecho a porción conyugal, pero el artículo 1,179, para los efectos de ver cómo se paga la porción conyugal, da una regla de computación, que se analizará más adelante.

Forma de calcular la porción conyugal.—Para calcular la porción conyugal, hay que hacer varias distinciones. Pueden presentarse diversos casos:

I. Dos casos en que el cónyuge es pobre:

- a) Cuando carece absolutamente de bienes;
- b) Cuando tiene bienes, pero en cantidad inferior a lo que le correspondería por porción conyugal.

II. Dos casos en que el cónyuge es rico:

- a) Cuando sus bienes propios son iguales a los que corresponden por porción conyugal;
- b) Cuando sus bienes propios son mayores que los que le corresponden por porción conyugal.

CÓMO SE CALCULA LA PORCIÓN CONYUGAL CUANDO EL CÓNYPUGE ES POBRE

Hay que distinguir según que el cónyuge no tenga bienes de ninguna especie—entonces hay lugar a porción conyugal *íntegra*—y según que tenga bienes, en cantidad inferior a lo que le corresponde por porción conyugal—entonces hay lugar a porción conyugal *complementaria*.

Y sea que el cónyuge pobre tenga derecho a porción conyugal íntegra o complementaria, hay que distinguir según que entre los herederos del cónyuge fallecido haya o no descendientes legítimos.

NO HAY DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

A. *No hay descendientes legítimos y el cónyuge tiene derecho a porción conyugal íntegra:* La porción conyugal, en conformidad al inciso 1.º del artículo 1,178, es la cuarta parte de la herencia del difunto. Y en conformidad al N.º 5.º del artículo 959, constituye una baja general de la herencia. De modo que en este caso la porción conyugal es la cuarta parte que queda del acervo ilíquido, después de hechas las bajas generales de los números 1 a 4 del artículo 959.

Pero para calcular en este caso la porción conyugal, ¿habrá que hacer algunas acumulaciones, algunas agregaciones imaginarias? La respuesta es la siguiente: para calcular la porción conyugal, es necesario acumular las donaciones revocables que haya hecho el causante. La razón de esta acumulación no es de texto legal. Porque es cierto que el artículo 1,185 habla que deben acumularse las donaciones revocables. Pero este artículo empieza diciendo: "Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente", y estas cuartas son la mitad legitimaria, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición. Las donaciones revocables se acumulan, no porque lo diga el artículo 1,185, que no rige en este caso, sino porque ellas están aún en el patrimonio del difunto; sólo se van a hacer definitivas y dan la propiedad del objeto una vez que fallece el donante. Y si están en el patrimonio del cónyuge donante, es lógico proceder a su acumulación, y no obsta a ésta el hecho de que el donante hubiera entregado en vida los bienes del donatario, porque esta entrega sólo da un derecho de usufructo sui generis al donatario, pero no la propiedad.

¿Y hay también que acumular, para computar la porción conyugal, las donaciones irrevocables que haya hecho el cónyuge fallecido? La respuesta es negativa. Sabemos que las donaciones irrevocables las puede hacer el cónyuge a los legitimarios o a extraños. Ahora bien, el artículo 1,185 exige la acumulación de las donaciones irrevocables que el causante ha hecho a legitimarios; se refiere al cómputo de las cuartas (mitad legitimaria, cuarta de mejoras y cuarta de libre disposición), y no se aplica a la porción conyugal. En seguida, las donaciones irrevocables que el causante haya hecho a extraños, tampoco se acumulan, porque el artículo 1,186, que habla de esta acumulación, también se refiere únicamente a la computación de las citadas cuartas. Y fuera de estas dos razones, hay otra, sea que se trate de donaciones irrevocables a legitimarios o extraños. Es la disposición del artícu-

2^o lo 1,199, según el cual la acumulación de lo que el causante ha donado irrevocablemente a legitimarios o extraños de que hablan los artículos 1,185 y siguientes, no aprovecharán a otros asignatarios que no lo sean sino a título de legítima o mejora; y como el cónyuge que recibe porción conyugal no es legitimario ni recibe mejora, no aprovecha de las acumulaciones de donaciones irrevocables.

Esta regla en un ejemplo práctico: Tenemos que partir del acervo ilíquido, que fijamos en 100. Para calcular la porción conyugal, hay que deducir de él las bajas generales de los números 1 a 4 del artículo 959: ascienden a 10. Efectuamos la resta y queda un acervo de 90. A éste hay que agregar las donaciones revocables que suman 10. Ha quedado un acervo de 100:

	a. i.	:	100
—	b. g. 1 a 4	:	10
+	don. revoc.	:	10
	(don. irrevoc.)	:	10

Ponemos las donaciones irrevocables entre paréntesis para recordar que no se acumulan.

Llamamos la atención al hecho de que la porción en este caso no es ni la cuarta parte del acervo ilíquido ni la cuarta parte del líquido. No es del ilíquido porque ya hemos hecho las bajas generales de los números 1 a 4 para calcularla; y no es del líquido, porque éste sólo se forma una vez hechas todas las bajas generales. Para ser preciso, es necesario decir que es la cuarta parte del acervo ilíquido después de hechas las deducciones de los números 1 a 4 del artículo 959.

B. *No hay descendientes legítimos y el cónyuge tiene derecho a porción conyugal complementaria:* El cónyuge tiene bienes en cantidad de 5 (cinco mil pesos); un legado de 5. En conformidad al artículo 1,176, sólo tiene derecho al complemento. Pero en cuanto a la forma de computar la porción conyugal, surge una discusión que radica en lo siguiente: ¿Qué va a ser de estos 5?

Según una doctrina ideada por don Carlos Aguirre Vargas, eminente autor muerto a temprana edad, estos 5 (que son las deducciones a la porción conyugal) van al acervo líquido, pero no aprovechan al cónyuge para computar la porción conyugal, no se beneficia éste con ellos. Hacemos el cómputo en conformidad a sus reglas:

La porción conyugal es 25. ¿Cómo se pagan al cónyuge estos 25 : 5 que él tenía, más 20? Estos 20 se sacan del acervo ilíquido después de las

agregaciones y deducciones; y entonces el acervo líquido a repartir entre los legitimarios y según las disposiciones del testador queda en 80 (100 — 20); y queda en 80 (no 75, como en el caso anterior), porque a ese acervo han ido las deducciones de la porción conyugal.

Esta doctrina la han seguido don Oscar Dávila, don Arturo Alessandri, don Guillermo Correa y otros.

Don José Clemente Fabres sostiene otra doctrina. Dice que en este caso las deducciones a la porción conyugal también aprovechan a ésta; los 5 de las deducciones no sólo aprovechan al acervo líquido, sino también al cónyuge y, por lo tanto, hay que acumularlos previamente para calcular la porción conyugal. La cuestión no es meramente doctrinaria; tiene importancia para el cónyuge porque, según la doctrina de Fabres, va a salir beneficiado. Hagamos el cómputo según estas reglas:

A los 100 del acervo líquido, después de hechas las deducciones y agregaciones correspondientes, hay que agregarle los 5 de las deducciones a la porción conyugal, y la porción conyugal va a ser la cuarta parte de 105 (y no de 100) : 26,25.

Esta doctrina ha sido defendida por don R. Bahamonde, Ramírez Frías y Barros Errázuriz.

Es evidente que en este caso tiene toda la razón la doctrina de Aguirre Vargas, por las siguientes razones:

1) Porque, en conformidad al artículo 1,172, la porción conyugal es aquella parte del patrimonio del difunto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente; y conforme a la doctrina de Fabres vendría a ser una parte del patrimonio del difunto más una parte del patrimonio del cónyuge sobreviviente.

2) La porción conyugal es una verdadera asignación alimenticia, y la asignación alimenticia se saca de los bienes del alimentante; sería absurdo calcularla conjuntamente de los bienes de alimentante y alimentario.

3) Por disposición del artículo 1,172, la porción conyugal es una asignación por causa de muerte; aquella parte del patrimonio del difunto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente. Y el artículo 953, definiendo lo que es la asignación por causa de muerte, dice que es aquella que el testador o la ley hace en los bienes del difunto, "en sus bienes". En cambio, según la doctrina de Fabres, no sólo sería en los bienes del difunto, sino también en los del cónyuge sobreviviente.

4) Si bien el artículo 1,185 habla de la acumulación de las deducciones, como sería este caso, se refiere no al cómputo de la porción conyugal, sino de las legítimas y mejoras.

5) Resultaría que, calculando según la forma dada por Fabres, la porción conyugal no sería realmente la cuarta parte de los bienes del difunto,

sino más de ella, con lo cual se viola el artículo 1,178 (de los 100 del acervo al cónyuge corresponderían 26,25).

6) En conformidad al artículo 1,185, las acumulaciones se hacen al acervo líquido. Ahora bien, este acervo sólo va a ser líquido una vez que se saque la porción conyugal, una vez que se haya calculado, deducido.

HAY DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

A. *Hay descendientes legítimos y el cónyuge tiene derecho a porción conyugal íntegra:* En este caso, que tiene el carácter de excepcional, por mandato expreso del inciso 2.º del artículo 1,178, la porción conyugal corresponde a la legítima rigurosa de un hijo:

"Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo".

No constituye aquí baja general de la herencia, y se saca de la mitad legitimaria.

El acervo líquido es 100. También habría que agregar las donaciones revocables, porque la regla rige cuando hay y no hay descendientes legítimos. Son cuatro hijos y el cónyuge. La mitad legitimaria es 50; la cuarta de mejoras, 25, y la cuarta de libre disposición, 25. El inciso 2.º del artículo 1,178 dice que el cónyuge tiene derecho a una cantidad igual a la legítima rigurosa de un hijo. Entonces, la porción conyugal ascenderá a 10 (la quinta parte de 50).

Pero pueden presentarse dos casos:

a) Resulta que un hijo es incapaz, indigno o desheredado o repudia su asignación, y no hay descendientes con derecho a representarlo. En este caso, la parte que el legitimario no lleva por alguna de dichas causas, no habiendo descendientes con derecho a representarlo, se agrega a la mitad legitimaria para computar las legítimas y la porción conyugal. Lo dispone el artículo 1,190, inciso 1.º:

"Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o exheredación o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho a representarlo, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros y la porción conyugal en el caso del artículo 1,178, inciso 2.º."

Apliquemos esta regla al ejemplo: El hijo A es incapaz; como consecuencia de esto, los 10 que le iban a corresponder benefician tanto a sus tres hermanos como al cónyuge. Dividimos los 50 entre 4, y la porción conyugal sería 12,5.

Insistimos que en la legítima rigurosa con la agregación de la parte del legitimario que no ha llevado es siempre legítima rigurosa y no efectiva. Esta agregación no transforma a la legítima rigurosa en legítima efectiva.

Por lo demás, la regla del inciso 1.º del artículo 1,190 no es más que una aplicación de los principios generales, porque la mitad legitimaria se divide por el número de descendientes y cónyuge; y si al momento del fallecimiento del causante, uno de los herederos es incapaz, indigno o desheredado o ha repudiado su asignación, pierde su carácter de legitimario, falta jurídicamente, y debe ser excluido de la mitad legitimaria, la cual se dividirá entonces por el resto.

b) Fuera de la legítima rigorosa existe la legítima efectiva, que contempla el artículo 1,191. Es la legítima rigorosa aumentada con la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, cuando el testador no dispuso o ha quedado sin efecto su disposición. Y agrega el inciso final que esta agregación no aprovecha al cónyuge en el caso del artículo 1,178, inciso 2.º Por eso sería un error manifestar que en este caso, habiendo descendientes legítimos, la porción conyugal sería igual a la legítima efectiva. Expresamente dice que no el inciso final del artículo 1,191. En consecuencia, hay que tener presente que las agregaciones a la legítima rigorosa no sirven para computar la porción conyugal.

En el ejemplo, como el testador no dispuso de la ^{cuarta} cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, los 50 entran a juntarse a la mitad legitimaria, y en definitiva corresponden a los hijos, 90 (la legítima rigorosa más las cuartas de mejoras y libre disposición, que la transforman en legítima efectiva) y al cónyuge sólo 10.

ⓑ) *Hay descendientes legítimos y el cónyuge tiene derecho a porción conyugal complementaria:* El acervo es 100 y hay cuatro hijos y cónyuge, y el cónyuge tiene 5 a título de gananciales. Para computar la porción conyugal complementaria nos encontramos con la misma discusión surgida en el caso en que no había descendientes legítimos. La cuestión es saber si las deducciones a la porción conyugal (los bienes que tenía el cónyuge sobreviviente, los 5 de gananciales) favorecen también al cónyuge para computar la porción conyugal o sólo a los descendientes.

Según Aguirre Vargas, los 5 de las deducciones no aprovechan al cónyuge, no deben agregarse para computar la porción conyugal. Según la doctrina de Fabres, estos 5 no sólo aprovechan a los legitimarios, sino también al propio cónyuge. Y como en el caso anterior, aquí la cuestión también tiene importancia vital, porque la doctrina de Fabres beneficia enormemente al cónyuge, en tanto que la de Aguirre Vargas lo perjudica.

El cálculo de la porción conyugal, según las dos opiniones:

a) Según Aguirre Vargas: La mitad legitimaria sería 50, que tiene que dividirse entre 5, y entonces la porción conyugal sería 10. ¿Cómo se pagan estos 10 al cónyuge? Con los 5 que tenía, más 5 que se sacan de la mitad legitimaria; y en resumen al cónyuge corresponden 10 y a los hijos los 40

restantes más los 5 de la porción que el cónyuge no llevó: son 45, que, divididos entre los cuatro hijos, da 11,25 para cada uno. Las deducciones no aprovechan al cónyuge, sino que van a beneficiar a los legitimarios. La porción conyugal permanece igual que si no tuviera bienes el cónyuge.

b) Según Fabres: Como los 5 de las deducciones no sólo aprovechan a los legitimarios, sino también al cónyuge, para computar la porción conyugal hay que agregarlos previamente a la mitad legitimaria: $50 + 5 = 55$; y como el cónyuge es contado entre los hijos, se dividen los 55 por 5 : da 11. Entonces, a cada hijo corresponden 11, y la porción conyugal es 11. Hijo y cónyuge quedan aquí en igualdad de condiciones.

Cuando hay descendientes legítimos es ya más discutible saber cuál de las dos doctrinas es la verdadera. La discusión adquiere mayores caracteres en presencia de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 1,190. Ha sido, en realidad, esta disposición la que ha encendido toda la discusión. Dice que "volverán de la misma manera a la mitad legitimaria las deducciones que, según el artículo 1,176, se hagan a la porción conyugal en el caso antedicho".

Sin embargo, no obstante reconocer lo discutible de la cuestión, creemos preferible la doctrina de Aguirre Vargas, por las siguientes razones:

1) Porque por la propia definición del artículo 1,172, la porción conyugal es aquella parte de los bienes del difunto..., y según Fabres vendría a ser una parte del patrimonio del difunto sumada a bienes del propio cónyuge sobreviviente.

2) Porque la porción conyugal tiene el carácter de asignación alimenticia; y ésta se saca de los bienes del alimentante, y no conjuntamente de los bienes del alimentante y alimentario.

3) Porque la porción conyugal es una asignación testamentaria, y el artículo 953, al definirla, dice que es aquélla que el testador o la ley hace en los bienes del difunto; y en este caso, según Fabres, vendría a resultar que la asignación sería tanto respecto de los bienes del difunto como del cónyuge sobreviviente.

Estos tres argumentos son comunes para defender la doctrina de Aguirre Vargas para el caso en que haya y no haya descendientes legítimos. Hay razones sólo aplicables al caso en que hay descendientes legítimos:

La doctrina de Fabres interpreta el inciso 2.º del artículo 1,190 en el sentido de que las deducciones vuelven a la mitad legitimaria, tanto para computar las legítimas como la porción conyugal. Porque "el caso antedicho" a que se refiere (inciso 1.º del artículo 1,190), es el caso en que falta un legitimario, y se establece allí que su falta aprovecha, no sólo a los otros legitimarios, sino también al cónyuge; por lo tanto, la expresión que las deducciones "volverán de la misma manera" significa "con el mismo objeto", que volverán para computar tanto la legítima como la porción conyugal.

Aguirre Vargas interpreta diciendo que la expresión "volverán de la misma manera" no significa que volverán "con el mismo objeto" (tanto para computar la legítima como la porción conyugal), sino que está significando que volverán "también", "asimismo"; "igualmente", y que esas deducciones sólo van a favorecer a los otros legitimarios, pero no al cónyuge. (Porque en el caso del inciso 1.º, al cual se refiere el inciso 2.º que comentamos, la parte que el legitimario no puede llevar debe favorecer a los otros legitimarios, con excepción del cónyuge).

El caso del cónyuge del inciso 2.º es el mismo caso del legitimario que falta, del inciso 1.º; y como en el inciso 1.º la parte que falta no aprovecha a este legitimario, en el inciso 2.º las deducciones del artículo 1,176, tampoco aprovechan al cónyuge.

Así, este inciso 2.º da pie para favorecer a ambas doctrinas, y quizás si más levemente a la doctrina de Fabres. Pero hay otra razón en pro de la doctrina de Aguirre Vargas. X

Interpretando de acuerdo con la doctrina de Fabres el artículo 1,190, esta disposición estaría en franca contradicción con el artículo 1,176, inciso 2.º, que contempla el caso de la porción conyugal complementaria, manifestando que si el cónyuge tiene bienes propios, sólo va a tener derecho al complemento. Porque resultaría que, mientras el artículo 1,176, para computar la porción conyugal, imputaba a ésta, deducía de ella los bienes propios que tenía el cónyuge, el artículo 1,190 por su parte se los estaría agregando, acumulando, favoreciendo con ello al cónyuge. El artículo 1,176 hacía deducir estos bienes propios, y el cónyuge no los podía llevar; el artículo 1,190 hacía agregar estos mismos bienes y el cónyuge se beneficiaría con ellos. En otros términos, lo que el legislador quitaba al cónyuge por el artículo 1,176, se lo devolvía por el artículo 1,190. Y de aceptar esta doctrina, en definitiva el cónyuge iba a llevar una cantidad mayor que el complemento, con lo cual se violaría el artículo 1,176. Esta contradicción no se presenta al aceptar la doctrina de Aguirre Vargas.

Fundando la doctrina de Fabres, argumentan algunos basándose en el artículo 1,191, inciso final, que establece que las agregaciones a la legítima rigorosa, y que la transforman en legítima efectiva, no aprovechan al cónyuge sobreviviente. Entonces, si el legislador ha dicho expresamente en este artículo que estas agregaciones no aprovechaban al cónyuge, el silencio, o por lo menos la obscuridad del artículo 1,190, debe interpretarse en el sentido de que el legislador quiere que favorezcan al cónyuge; de lo contrario, si no lo hubiera querido, lo habría excluido expresamente como en el artículo 1,191. Pero esta argumentación es fácil de rebatir. El inciso final del artículo 1,191 excluyó expresamente al cónyuge de los aprovechamientos que transforman a la legítima rigorosa en efectiva, porque en el inciso 1.º del

artículo 1,190 expresamente lo había hecho aprovecharse de la parte del legitimario que faltaba. Al decir en el 1,190 que le aprovechaba, en el inciso final del 1,191 se vió obligado a decir que la legítima efectiva no le aprovechaba.

La doctrina de Fabres, no obstante tener menos asidero legal, ha sido más afortunada en los tribunales, como lo demuestran dos sentencias (Gaceta de 1921, tomo 2, N.º 229, página 397; y Gaceta de 1911, tomo 1, N.º 549, página 911).

CÓMO SE CALCULA LA PORCIÓN CONYUGAL CUANDO EL CÓNYUGE ES RICO

Distinción.—Hay que distinguir, por una parte, si los bienes propios que tiene el cónyuge son porque los aportó al matrimonio o porque los adquirió a título de gananciales, y por otra, si son bienes que el testador le dejó en el testamento.

Si los bienes propios que tiene son porque los aportó al matrimonio o son de su mitad de gananciales, no tiene derecho a porción conyugal, ni debe hacerse cálculo alguno, por cuanto es cónyuge rico y los bienes los tenía con anterioridad.

Porción conyugal ficticia.—Cuando los bienes tienen su origen en el testamento, entonces hay lugar a lo que en doctrina se llama la porción conyugal "ficticia", que contempla el artículo 1,179. Manifiesta esta disposición que si al cónyuge sobreviviente corresponde en la sucesión del difunto a título de donación, herencia o legado más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el exceso se imputará a la parte de los bienes de que el testador pudo disponer a su arbitrio. No hay propiamente porción conyugal, porque es condición indispensable para que ella proceda que el cónyuge sea pobre. Por eso hemos hablado de porción conyugal ficticia. Este artículo 1,179 sólo tiene por objeto dar reglas para la forma cómo se va a computar, cómo se va a pagar la porción conyugal.

Para el efecto de estas reglas, hay que distinguir según que haya o no descendientes legítimos:

A. No hay descendientes legítimos.—El acervo es 100, después de hechas las bajas generales de 1 a 4 del 959; el cónyuge fallecido deja al cónyuge sobreviviente un legado de 30. La porción conyugal es 25. El cónyuge sobreviviente, en consecuencia, es rico, porque tiene más bienes que los que le corresponden por porción conyugal, y no tiene derecho a porción conyugal. Pero hay que ver cómo se le pagan estos 30 al cónyuge: se le dan los 25 que le corresponden por porción conyugal y los 5 restantes se sacan de la parte de libre disposición (artículo 1,179). Como estos 5 se sacan del

acervo, éste queda reducido a 75 menos 5 : 70 (acervo líquido). Insistimos en que si estos 30 son de propiedad del cónyuge, si no le han sido asignados en el testamento, no se aplican estas reglas, las cuales son especiales para el caso de bienes propios que tienen por origen la disposición testamentaria.

B. *Hay descendientes legítimos.*—Acervo de 100; cuatro hijos y cónyuge. Al cónyuge el testador ha dejado un legado de 20, y como su porción conyugal sería 10, es cónyuge rico. Cómo se le dan estos 20 : 10 se le imputan por porción conyugal, más 10 que se sacan de la cuarta de libre disposición. La cuarta de mejoras no sufre variante; la cuarta de libre disposición es $25 - 10 = 15$.

Derecho optativo del cónyuge sobreviviente.—En caso de que el cónyuge tenga bienes, el artículo 1,177 le da un derecho optativo: puede quedarse con sus bienes y renunciar a la porción conyugal, o pedir la porción conyugal y abandonar todos sus bienes. En caso que abandone sus bienes propios y reciba la porción conyugal, esos bienes van a favorecer a los legitimarios, si los hay, o al acervo líquido, si no los hay. Por ejemplo, el cónyuge tiene bienes, y le corresponde por porción conyugal 100; pero pretende que sus bienes en ningún caso valen más de 20. Pide se le entregue el complemento: 80. Pero los otros herederos sostienen que sus bienes valen 70, y se traba discusión sobre la tasación de los bienes propios del cónyuge. Entonces puede tener aplicación el artículo 1,177, y el cónyuge podría renunciar a sus bienes propios y pediría lo que le corresponde por porción conyugal.

PUNTOS DE INTERÉS RELACIONADOS CON LA PORCIÓN CONYUGAL

I. *¿Puede el cónyuge recibir porción conyugal y llevar al mismo tiempo una asignación en la parte de libre disposición?* “Dejo a mi cónyuge la porción conyugal y además lo instituyo heredero en la cuarta de libre disposición”. La cuestión es averiguar si una cláusula de esta naturaleza surte sus efectos.

Aguirre Vargas sostuvo que no había inconveniente para que el cónyuge llevare tanto la porción conyugal como la parte de la cuarta de libre disposición. Los fundamentos eran:

1) Sostenía que el artículo 1,179 servía de argumento para concluir que el cónyuge podía llevar porción conyugal y asignación en la parte de libre disposición;

2) El causante puede dejar a su arbitrio, a quien le plazca, la cuarta de libre disposición: ¿por qué, entonces, no va a poder dejarla al cónyuge sobreviviente, desde el momento que aun puede dejarla a un extraño?

Fabres era de opinión que el cónyuge sobreviviente no podía llevar al mismo tiempo porción conyugal y asignación en la parte de libre disposición; y es evidente que en este caso está en toda la razón. Es ésta una cuestión que, según nuestro parecer, ni siquiera debe discutirse. Tenemos este convencimiento por las siguientes razones:

1) Porque el argumento basado en el artículo 1,179 por Aguirre Vargas nada prueba en contrario. Este artículo no dice que el cónyuge tenga derecho a porción conyugal, sino que da una regla en cuanto a la forma cómo se computa, cómo se paga la porción conyugal. Este artículo sienta un principio semejante al del artículo 996, que se pone en el caso que la sucesión sea parte testada y parte intestada, y establece que si un mismo asignatario lo es testamentario y abintestato, recibe su porción abintestato, pero se computa dentro de ella lo que se le ha dejado por testamento. En ambos artículos sólo se dan reglas para computar. Por eso hemos dicho que hay porción conyugal ficticia.

2) La porción conyugal corresponde al cónyuge pobre; es condición esencial que el cónyuge sea pobre. Y si se le ha dejado en la parte de libre disposición una asignación mayor a lo que le corresponde por porción conyugal, ya no es cónyuge pobre, sino un cónyuge rico, y esto es lo mismo que decir que no tiene derecho a porción conyugal.

3) El segundo argumento de Aguirre Vargas es fácilmente rebatible. Nadie niega que el cónyuge difunto puede dejar al cónyuge sobreviviente la cuarta o mitad de libre disposición; es posible, lícito y legal. Lo que se le niega es que, además de esa cuarta o mitad de libre disposición, pueda recibir porción conyugal.

4) De aceptar la doctrina de Aguirre Vargas, se llegaría a la conclusión de que estarían en mejor condición para recibir porción conyugal el cónyuge rico que el cónyuge al cual se dejan bienes en cantidad inferior a la que le corresponde por porción conyugal. Y ello, por lo siguiente: si la asignación que se hace al cónyuge en el testamento es menor que lo que le corresponde por porción conyugal, en conformidad al artículo 1,176, este cónyuge pobre sólo tiene derecho al complemento de la porción conyugal; en cambio, el cónyuge al cual se dejan bienes en cantidad superior a lo que le corresponde por porción conyugal, tendría derecho a llevar la porción conyugal y la cuarta de libre disposición. Una injusticia que el legislador no puede haber cometido.

5) El artículo 1,177 suministra otro argumento: si el cónyuge pudiera llevar porción conyugal y asignación en la parte de libre disposición, no tendría objeto el derecho de opción que da este artículo. No se vería para qué el cónyuge iba a abandonar sus bienes propios y recibir porción conyugal.

Sin embargo, no obstante esta claridad de la doctrina de Fabres, la ju-

V. de la Maga: p. 212. -

✱

risprudencia es vacilante; no hay un criterio uniforme. Hay tres sentencias que se inclinan a la doctrina de Fabres (Gaceta de 1892, tomo 2, sentencia N.º 3,355, página 1,120; Gaceta de 1892, tomo 1, sentencia N.º 1,397, página 922; Gaceta de 1896, tomo 2, sentencia N.º 3,277, página 582). Opinan que el cónyuge no puede recibir porción conyugal y asignación en la cuarta de libre disposición. Dos sentencias opinan en sentido contrario (Gaceta de 1900, sentencia N.º 751, página 691, y Gaceta de 1911, sentencia N.º 549, página 911).

II. *El cónyuge, por su porción conyugal, ¿tiene el carácter de heredero o legatario?* La respuesta es: el cónyuge, por el solo hecho de recibir porción conyugal, es legatario. Hay varias razones para fundar esta opinión:

1º

El artículo 1,172 dice que la porción conyugal es aquella parte del patrimonio del difunto... La expresión patrimonio está tomada no en sentido de universalidad, sino más bien en sentido vulgar de bienes, de activo, como lo viene a aclarar el artículo 1,178, al decir que "la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta..." El legislador no se refiere, pues, al patrimonio como universalidad, sino al activo del patrimonio, a los bienes.

2º

En seguida, esta definición de porción conyugal contrasta con la que el artículo 1,181 da de la legítima. Dice que la legítima es aquella ^{cuota} ~~parte~~ de los bienes del difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Y agrega que los legitimarios son, por consiguiente, herederos. En una diferencia de 9 artículos, el legislador dijo que los legitimarios eran herederos, y si no lo dijo respecto del cónyuge, es porque no es heredero, sino legatario.

3º

El argumento más sólido lo proporciona el artículo 1,180, que sienta el principio de que por regla general el cónyuge que recibe porción conyugal tiene la responsabilidad subsidiaria de los legatarios con respecto a las deudas de la herencia. Reconoce implícitamente que el cónyuge, por su porción conyugal, es legatario.

4º

Hay que advertir que el cónyuge por su porción conyugal no pierde el carácter de legatario, no obstante que concorra con descendientes legítimos. Podría creerse que cuando concurre con éstos ya no es legatario, sino heredero. Habría aparentes razones para ello:

El artículo 988, señalando el primer orden de sucesión, dice que los hijos legítimos excluyen a todo otro heredero, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde al cónyuge sobreviviente. Esto podría dar pie para pensar que el cónyuge, por su porción conyugal, es heredero, máxime si se concuerda este artículo 988 con el artículo 1,178, inciso 2.º, según el cual, habiendo descendientes legítimos, el viudo o viuda por su porción conyugal "será contado entre los hijos" y recibirá como porción conyugal la le-

continuar

gítima rigorosa de un hijo; y como los hijos que reciben legítimas son herederos, el cónyuge pasaría a tener tal carácter.

Pero esta creencia sería falsa. Ni aun en este caso el cónyuge, por su porción conyugal, es heredero. Es meramente legatario, porque el artículo 1,178, inciso 2.º, al decir que el cónyuge será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo, sólo ha querido establecer el monto de la porción conyugal, indicar el límite de ella; se ha referido a la legítima rigorosa como un punto de referencia para determinar lo que le corresponde por porción conyugal. Si la legítima rigorosa es 100, también corresponde al cónyuge 100 por porción conyugal.

III. *Responsabilidad que tiene por las deudas de la herencia el cónyuge sobreviviente que recibe porción conyugal.*—Para este efecto, hay que distinguir según que el cónyuge tenga derecho a porción conyugal íntegra, complementaria o ficticia. Si tiene derecho a porción conyugal íntegra, se aplica la regla general contenida en el artículo 1,180, según el cual tiene la responsabilidad de los legatarios, responsabilidad que es subsidiaria de la responsabilidad de los herederos. *V. de la misma p. 214.*

Excepcionalmente, puede haber lugar a otra responsabilidad: cuando hay porción conyugal complementaria o cuando hay porción conyugal ficticia, porque, en conformidad al artículo 1,180, si al pagársele la porción conyugal se le da algo que el testador le ha dejado por herencia, con respecto a esa parte tiene la responsabilidad de los herederos. Por ejemplo, el cónyuge recibe su porción conyugal de 100, pero en ella 50 le correspondieron por herencia en la sucesión del difunto: respecto de esos 50 tiene la responsabilidad de heredero; y respecto de los otros 50, que constituyen el complemento, la responsabilidad de legatario.

Pero los bienes propios también pueden tener como origen la mitad de gananciales. Ahora bien, si al pagarse al cónyuge sobreviviente la porción conyugal se le ha imputado lo que le corresponde por mitad de gananciales, por ella tiene la responsabilidad propia que se le asigna en las reglas de la sociedad conyugal; y, por lo tanto, habrá que distinguir entre el marido y la mujer: si es el marido, responde ilimitadamente con sus gananciales, porque él administró la sociedad conyugal; si es la mujer, respecto de la mitad de gananciales que se le ha imputado goza de beneficio de emolumento. (artículo 1,777) y, por lo tanto, sólo está obligada a pagar las deudas hasta el monto de su mitad de gananciales.

En resumen, la regla general es que tiene la responsabilidad de legatario. Así es cuando recibe porción conyugal íntegra. Pero cuando hay lugar a porción conyugal complementaria o ficticia, pueden afectarlo otras responsabilidades excepcionales: la de heredero, cuando al pagársele la porción conyugal se le imputa lo que se le ha dejado en la herencia; y la responsa-

bilidad de su mitad de gananciales, cuando al pagársele la porción conyugal se le imputan gananciales.

Caso de jurisprudencia presentado ante nuestros tribunales: Había fallecido la mujer. El marido, haciendo uso de la facultad del artículo 1,177, abandonó su mitad de gananciales para tener derecho a porción conyugal íntegra. Concurrió entonces a la partición del cónyuge difunto, y en ella, en pago de su porción conyugal, se le adjudicó una propiedad que el cónyuge difunto había aportado al matrimonio. Se trató de saber si esa adjudicación era o no válida. ¿Estaba o no bien hecha? La Corte Suprema (10 de julio de 1929, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 27, sección I, página 417) resolvió que era válida, porque el cónyuge por su porción conyugal había pasado a ser comunero con los hijos y, por lo tanto, tenía derecho a porción conyugal. Pero la Corte Suprema implícitamente reconoció que ni aun en este caso el cónyuge sobreviviente pasaba a ser heredero. Se veía entonces el caso extraño que podían ser comuneros de los bienes de la herencia los herederos y el legatario. Es discutible la sentencia. En el mismo tomo 27 de la "Revista de Derecho y Jurisprudencia", en la primera parte (Sección Derecho), página 75, hay un interesante comentario de Claro Solar a esa sentencia. No está de acuerdo con el criterio de la Corte. Manifiesta que es absurdo suponer "comunidad de bienes entre personas que no tienen el mismo derecho en ellos".

[índice](#)

DOCTRINA PINOCHET SOBRE LA PORCIÓN CONYUGAL

Hemos creído conveniente, después de explicar la porción conyugal y ver las interpretaciones de que en diversos puntos ha sido objeto, exponer la doctrina del señor Oscar Pinochet, que difiere totalmente de las interpretaciones del señor Fabres y del señor Aguirre Vargas.

Orden de sucesión sin descendientes legítimos (artículo 1,178, inciso 1.)—El testador deja una herencia partible de \$ 20,000 y la viuda tiene \$ 4,000 en bienes propios.

La partición es ésta:

Acervo partible	\$ 20,000
Mitad legitimaria	10,000
Mitad libre	10,000

De acuerdo con el artículo 1,192, las legítimas rigurosas no son susceptibles de condición, plazo, modo o *gravamen alguno*. Por eso la mitad legi-

timaria permanece inalterable en \$ 10,000, cualquiera que sea la cuantía de los bienes propios de la viuda.

La porción conyugal teórica es la cuarta parte del acervo: \$ 5,000. Como los bienes propios de la viuda son \$ 4,000, la porción efectiva o complemento es la diferencia entre ambas cantidades, o sea, \$ 1,000. Ahora, como la mitad legitimaria es invariable, la porción conyugal efectiva de \$ 1,000 se saca de la mitad libre, la que se reduce a \$ 9,000.

Se razona así:

Las "deducciones a la porción conyugal" de que hablan los artículos 1,185 y 1,190, inciso 2.º, son deducciones que se hacen a la cuota teórica así llamada, que es una parte alícuota de la herencia, como lo son la mitad legitimaria, la cuarta de mejoras y la mitad o la cuarta de libre disposición. Esta porción conyugal teórica, como las otras cuotas de la herencia, no debe deducirse o separarse del acervo, porque lo único que la ley ordena deducir de él es la porción efectiva o complemento. Luego, las deducciones a dicha cuota de la herencia son las porciones conyugales efectivas a que tiene derecho el sobreviviente como asignatario forzoso. Más corto: "deducciones a la porción conyugal" son las porciones efectivas o complementos (1).

Se apoya también, además, este razonamiento, en el artículo 959, que dice: "Se deducirán del acervo o masa de bienes: 5.º La porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos". Como se trató aquí sólo del caso en que la porción conyugal es la cuarta parte de la herencia, es evidente que la locución "a que hubiere lugar", que supone pluralidad de casos, debe fatalmente referirse a las porciones conyugales efectivas del viudo o viuda, según sea el monto de sus bienes propios, esto es, a sus complementos. Nadie ignora, por lo demás, que las partidas del artículo 959 son deducciones (2). Luego, estos complementos del sobreviviente, que forman la partida quinta, son decididamente deducciones del acervo o, con más propiedad, son deducciones a la cuota teórica de la herencia destinada a pagar los complementos. Son, en último análisis, "deducciones a la porción conyugal". Comparando esta cuota teórica de la herencia con las otras, que son de la misma índole, podríamos decir: "deducciones a la mitad legitimaria" son las legítimas rigurosas; "deducciones a la cuarta de mejoras" son las mejoras; y "deducciones a la mitad o a la cuarta de libre disposición" son los legados.

Al deducir, en el ejemplo, el complemento de \$ 1,000 de la herencia, nos quedan \$ 19,000; pero como el artículo 1,185 ordena acumular, sólo

(1) Para Fabres y Aguirre Vargas, las "deducciones a la porción conyugal" son los bienes propios del sobreviviente.

(2) Fabres y Aguirre Vargas, a pesar de reconocer que las partidas del artículo 959 son deducciones previas al acervo, rechazan esa denominación, que fluye de dicho texto, y usan otra, la de "bajas generales", que induce en error hasta a los eruditos.

imaginariamente, esas mismas deducciones, volvemos a tener el acervo primitivo de \$ 20,000. Este acervo es imaginario, como lo dice el citado artículo 1,185 en su inciso final.

Sólo mediante la operación de acumular imaginariamente la misma cantidad que se dedujo del acervo, se resguardan con absoluta eficacia las legítimas rigurosas, como lo exige el artículo 1,192, pues de ese modo el acervo resulta siempre inalterable, cualesquiera que sean los bienes propios del sobreviviente. En cambio, en los otros sistemas, dichas legítimas aumentan o disminuyen a merced de bienes enteramente ajenos a la herencia, como son los bienes propios del viudo o viuda, lo que constituye una aberración legal que no puede atribuirse al señor Bello.

¿De dónde se deducen los \$ 1,000 que representan la porción efectiva o complemento de la viuda?

En los otros sistemas se deducen de todo el acervo, con lo cual se menoscaban proporcionalmente la mitad legitimaria y, por ende, las legítimas rigurosas. En cambio, en la doctrina que se estudia, la deducción se hace de otro modo. Considerando el artículo 1,192, que no admite lesión ni gravamen alguno para tales legítimas, y además el principio que regula los efectos de las acumulaciones imaginarias, el complemento o porción efectiva de \$ 1,000 se deduce de la mitad libre.

El principio de las acumulaciones surte pleno efecto en el cómputo y pago de las donaciones irrevocables a legitimarios y del exceso de las a extraños, que constituyen acumulaciones imaginarias de la misma índole que las deducciones a la porción conyugal y que jamás cercenan las cuotas privilegiadas del acervo, esto es, ni la mitad legitimaria ni la cuarta de mejoras. Es axiomático que las acumulaciones de donaciones, hechas a la herencia, menoscaban siempre el monto efectivo de la mitad o de la cuarta libre, que es, por excelencia, la cuota contribuyente del acervo.

La partición se reduce entonces a esto:

Mitad legitimaria	\$ 10,000
Parte libre	9,000
Complemento	1,000
	Suman
	\$ 20,000

Cualquiera que sea el monto de los bienes propios del sobreviviente, el acervo partible será el mismo que dejó el difunto y las legítimas rigurosas serán, por consiguiente, inalterables porque se computarán en la mitad de ese acervo único, que sirve para todos los casos.

Orden de sucesión con tres descendientes legítimos (artículo 1,178, inciso 2.º).—El testador deja una herencia partible de \$ 20,000 y la viuda tiene \$ 500 de bienes propios.

Acervo partible	\$ 20,000
Mitad legitimaria	10,000
Cuarta de mejoras	5,000
Cuarta libre	5,000

Por las razones ya conocidas, la mitad legitimaria permanece inalterable en \$ 10,000, cualquiera que sea la cuantía de los bienes propios de la viuda. Fabres y Aguirre Vargas pasaron por alto el Mensaje del Código Civil, que fué redactado por don Andrés Bello. Este Mensaje, al referirse a la porción conyugal, establece una norma para su cómputo al decir que "se mide por la legítima rigurosa de los hijos". Esos autores convirtieron a la porción conyugal en una legítima y la dedujeron de la mitad legitimaria, menoscabando así el invulnerable derecho de los hijos legítimos. Obvio nos parece advertir que *medir* no es *cercenar*.

La porción conyugal teórica, medida de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1,178, esto es, contando para ese efecto al sobreviviente entre los hijos, es la cuarta parte de la mitad legitimaria: \$ 2,500. Los bienes propios de la viuda son \$ 500; la porción efectiva o complemento es entonces la diferencia, o sea, \$ 2,000. Ahora, como la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras son inalterables, el complemento de \$ 2,000 se saca de la cuarta libre, la que se reduce a \$ 3,000.

La partición queda como sigue:

Mitad legitimaria	\$ 10,000
Cuarta de mejoras	5,000
Parte libre	3,000
Complemento	2,000
	20,000
Suman	\$ 20,000

En este orden de sucesión, el acervo partible es también inalterable, cualquiera que sea el monto de los bienes propios del sobreviviente y, por ende, lo son a su vez las legítimas rigurosas y las mejoras.

En síntesis: *La partición se reduce a dividir en cuotas teóricas el acervo partible, que es siempre uno mismo. La única cuota que varía es la de libre disposición, que se empobrece con la deducción del complemento, salvo que haya acumulaciones imaginarias de donaciones que inflen las cuotas privilegiadas. Aun en este último caso, el acervo partible es inalterable.*

La exposición completa de esta doctrina y su estudio comparativo con las de Fabres y Aguirre Vargas, no pueden consignarse aquí. Como fuente de información, léase la obra del autor, "Asignaciones Forzosas" y, en especial, el Curso de "Porción Conyugal y errores de la partición", publicado por un Instituto por Correspondencia de Santiago.

Con todo, dada la importancia de esta materia, creemos de interés anotar a continuación los vicios que advierte el autor en las doctrinas impugnadas.

Errores de la doctrina Fabres:

1) Denominar deducciones a la porción conyugal, a los bienes propios del sobreviviente, a pesar de ser estos bienes propios imputaciones a dicha cuota de la herencia. Imputar es lo contrario de deducir, pues lo que se imputa es justamente lo que queda en la porción conyugal sin deducirse.

2) Al acumular al acervo los bienes propios del sobreviviente, se confunden dos patrimonios diversos, a pesar de que lo único que se parte es una herencia, es decir, los bienes dejados por un muerto.

3) Acumular al acervo las deducciones a la porción conyugal antes de que éstas existan o, si se quiere, antes de que las deducciones puedan ser consideradas como tales por no haberse hecho aún deducción alguna.

4) Al deducir del acervo la porción conyugal "a que hubiere lugar", determinada en el N.º 5.º del artículo 959, deduce—en parte, imaginariamente, y en parte, realmente—la porción conyugal, en vez de hacer una sola deducción real, como se hace con las otras cuatro deducciones anteriores de este artículo.

5) La deducción, a la vez imaginaria y real, del número anterior, no es la porción conyugal, "a que hubiere lugar" de que habla el número 5.º del artículo 959, esto es, la porción conyugal efectiva o complemento, sino que es la porción conyugal teórica que, como se ha dicho, representa la cuota máxima de donde se deduce el derecho efectivo del sobreviviente.

6) Beneficiar a la porción conyugal con la acumulación imaginaria de las deducciones, en contravención a lo dispuesto en el mencionado N.º 5.º del artículo 959, que no establece ese beneficio.

7) Realizar dos operaciones en vez de una, al acumular al acervo las mal llamadas deducciones y deducir después la porción conyugal teórica íntegra, en lugar de deducir únicamente la porción conyugal efectiva o complemento, que es lo simple y directo.

8) El acervo partible que se divide en cuartas no es, en esta doctrina, imaginario, a pesar de que el artículo 1,185, en su último inciso, dice: "Las cuartas antedichas se refieren "a este acervo imaginario".

9) La acumulación imaginaria de las deducciones a la porción conyu-

gal no produce el mismo efecto que las otras acumulaciones imaginarias, pues la parte libre no se empobrece en provecho de la mitad legitimaria.

10) Se menoscaban las legítimas rigorosas en proporción considerable, lo que es contrario al artículo 1,192, que no acepta para ellas "gravamen alguno".

11) Las legítimas rigorosas son inestables, pues varían según el monto de los bienes propios del sobreviviente.

Errores de la doctrina Aguirre:

1) Denominar, como Fabres, deducciones a la porción conyugal, a los bienes propios del sobreviviente, a pesar de ser estos bienes propios, imputaciones a dicha cuota de la herencia. Repetimos que imputar es lo contrario de deducir, pues lo que se imputa es justamente lo que queda en la porción conyugal sin deducirse.

2) Al acumular al acervo los bienes propios del sobreviviente, se confunden, como en la doctrina Fabres, dos patrimonios diversos, a pesar de que lo único que se parte es una herencia, es decir, los bienes dejados por un muerto.

3) Al deducir del acervo la porción conyugal "a que hubiere lugar", determinada en el N.º 5.º del artículo 959, deduce, materialmente, la porción conyugal teórica íntegra no deferida, en vez del complemento, como lo ordena claramente esa disposición.

4) Acumular, en seguida, al acervo *realmente* los bienes propios del sobreviviente, en lugar de efectuar una acumulación *imaginaria*, como prescribe el artículo 1,185. La acumulación real de los bienes propios del sobreviviente al acervo, es un vicio aun más grave que la acumulación hecha en la doctrina Fabres, porque en esta última doctrina la confusión de patrimonios es sólo imaginaria; en cambio, en la doctrina Aguirre es fatalmente real. La quinta deducción del artículo 959 es real, como las otras cuatro deducciones del mismo artículo y si, de acuerdo con esta doctrina, se acepta que la quinta deducción es la porción conyugal teórica íntegra, al substraerla materialmente de la herencia, se está forzado también a acumular materialmente a ella, los bienes propios, pues sólo de ese modo el sobreviviente recibirá únicamente el complemento. No puede decirse, para justificar este grave error, que lo que se acumula al acervo es la parte de la porción conyugal teórica que el sobreviviente no recibe por tener bienes propios, y que es equivalente a estos bienes propios, porque lo que se acumula son las deducciones a la porción conyugal, y Aguirre, como Fabres, tienen por deducciones a los bienes propios del sobreviviente, que se imputan dentro de la porción conyugal y forman un solo todo con ella. No cabe, pues, hablar de bienes hereditarios equivalentes a los bienes propios del sobreviviente, porque aquéllos no desempeñan papel alguno en los cálculos.

5) Realizar dos operaciones en vez de una al deducir del acervo la porción conyugal teórica, y acumular después a él las mal llamadas deducciones, en lugar de deducir únicamente la asignación efectiva, o sea, el complemento, que es lo simple y directo.

6) El acervo partible que se divide en cuartas no es, en esta doctrina, imaginario, a pesar de que el artículo 1,185, en su último inciso, expresa: "Las cuartas antedichas se refieren a este *acervo imaginario*".

7) La acumulación imaginaria de las deducciones a la porción conyugal no produce el mismo efecto que las otras acumulaciones imaginarias, pues la parte libre no se empobrece en provecho de la mitad legitimaria.

8) Se menoscaban las legítimas rigurosas en proporción considerable, lo que es contrario al artículo 1,192, que no acepta para ellas "gravamen alguno".

9) Las legítimas rigurosas son inestables, pues varían según el monto de los bienes propios del sobreviviente. índice

A P E N D I C E

EXPLICACION DE DON ARTURO ALESSANDRI SOBRE LA PORCION CONYUGAL

Considerando que todo lo que se haga para aclarar la porción conyugal, es beneficioso, el redactor estimó conveniente insertar el memorándum que el señor Arturo Alessandri Rodríguez entregó a sus alumnos en 1924 y que se refiere a la manera de computar la porción conyugal, según la doctrina de Aguirre Vargas, de la cual es partidario.

También insertamos más adelante ciertas notas que en 1935 entregó a sus alumnos don Pedro Lira Urquieta.

REGLAS PARA COMPUTAR LA PORCION CONYUGAL

(Artículos 959, 1,172, 1,176, 1,178, 1,179, 1,185, 1,190 y 1,199 del C. Civil)

1.º La cuantía de la porción conyugal, o sea, la medida que señala la ley para calcularla con relación a los bienes del difunto, está determinada en el artículo 1,178 del Código Civil, según el cual esa porción es la cuarta parte de los bienes del difunto, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos; porque en tal caso el viudo o viuda es contado entre los hijos y recibe como porción conyugal la legítima rigurosa del hijo.

Según esto, para determinar la cuantía de la porción conyugal, se atiende a si hay o no descendientes legítimos; si los hay, equivale a la legítima rigurosa de un hijo; si no los hay, es la cuarta parte de los bienes del difunto.

2.º Determinada la cuantía de dicha porción en conformidad a las reglas precedentes, debemos averiguar cómo se forma, es decir, cómo se procede para calcular los bienes del difunto que deben entregarse al cónyuge sobreviviente a título de porción conyugal; porque una cosa es la cuantía de esa porción, es decir, la parte del patrimonio del difunto a que asciende y otra parte muy diversa, el valor real y positivo que ella representa para el cónyuge sobreviviente con relación a los bienes del difunto.

Para este efecto, no debemos olvidar que sólo el cónyuge pobre tiene derecho a porción conyugal, y se entiende por tal, según los artículos 1,172, 1,174 y 1,176, el que no tiene bienes o los tiene en cantidad inferior a lo que le correspondería por porción conyugal. Si el cónyuge tiene bienes de un valor igual o superior a lo que recibiría por porción conyugal, no puede pedir ésta, a menos que haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 1,177, los abandone.

3.º De acuerdo con las ideas expuestas, debemos distinguir, para los fines que aquí nos proponemos, cuatro situaciones en que puede encontrarse el cónyuge sobreviviente.

1.ª El cónyuge no tiene bienes;

2.ª Los tiene, pero en cantidad inferior a lo que le correspondería por porción conyugal;

3.ª Los tiene en cantidad igual a ella; y

4.ª Los tiene en cantidad superior a la misma.

Por bienes del cónyuge sobreviviente entendemos tanto los suyos propios, es decir, los aportados al matrimonio, los que administra separadamente, su mitad de gananciales, etc., como los que se le asignan en el testamento del cónyuge difunto a título de herencia o legado, porque el artículo 1,176 del Código Civil los incluye a todos. Los bienes que abandona son también deducciones y van al acervo común o a la mitad legitimaria según el caso, después de calculada ella.

EL CONYUGE SOBREVIVIENTE CARECE DE BIENES O LOS TIENE EN CANTIDAD INFERIOR A LO QUE LE CORRESPONDE POR PORCIÓN CONYUGAL

Para determinar la porción conyugal en este caso, es menester distinguir si hay o no descendientes legítimos del difunto, aunque no lo sean del cónyuge sobreviviente, porque la ley no distingue.

NO HAY DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

4.º En este caso, sea que haya o no legitimarios, la porción conyugal, que es la cuarta parte de los bienes del difunto, según el artículo 1,178, es, en conformidad al artículo 959, una baja general de la herencia que se deduce, no de la totalidad de los bienes que quedan al fallecimiento del difunto, sino de los que restan una vez hechas las deducciones comprendidas en los N.ºs 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 959, porque este precepto establece una prelación al respecto; de modo que la porción conyugal no se deduce del acervo ilíquido, sino de la masa de bienes que queda después de hechos los pagos a que se refieren los N.ºs 1.º a 4.º de ese artículo 959. Lo prueba además el hecho de que el artículo 1,178 habla únicamente de *bienes* del difunto, y el hecho de deducirse de la mitad le-

gitimaria, que según el artículo 1,184 se calcula después de hechas las deducciones del artículo 959. Además, donde hay deudas no hay sucesión, y no habiéndola no hay porción conyugal, porque ésta es una asignación hereditaria que supone una sucesión.

5.º Si hay donaciones revocables hechas a extraños o legitimarios, se acumulan al acervo que queda después de hechas las deducciones de los N.º 1.º a 4.º del artículo 959, y la porción conyugal se calcula sobre la suma de este acervo y donaciones. Estas se acumulan para este objeto, no porque así lo diga el artículo 1,185, que no se aplica cuando se trata de calcular la porción conyugal, porque existe otra situación jurídica diversa, cual es la del artículo 1,184, sino porque tales donaciones, sean hechas a extraños o legitimarios, no salen del patrimonio del difunto, ni aun en el caso de los artículos 1,140 y 1,142, ni se confirman definitivamente sino con su muerte, de acuerdo con el artículo 1,144, lo que corrobora el artículo 960; de manera que son bienes que están en su patrimonio, y hay una inexactitud en el artículo 1,185 al exigir su acumulación. Las cosas donadas y entregadas a legitimarios se acumulan por el valor que tenían al tiempo de la entrega; las no entregadas a legitimarios, por el valor que tengan al fallecimiento del cónyuge, puesto que siguen la regla general; y por el mismo valor las donadas (entregadas o no) a extraños, porque el artículo 1,185 no se refiere a ellas.

6.º Las donaciones irrevocables hechas a legitimarios no se acumulan para calcular la porción conyugal, tanto porque el artículo 1,185 no rige esta materia, cuanto porque el 1,199 excluye del beneficio de esta acumulación a todo asignatario que no lo sea a título de legítima o mejora, y el cónyuge se encuentra en este caso, porque no tiene la calidad de legitimario.

7.º Las donaciones irrevocables hechas a extraños tampoco se acumulan para este efecto, aunque haya legitimarios, porque los artículos 1,186 y 1,187 sólo las autorizan en favor de los legitimarios y únicamente para el cómputo de las legítimas y mejoras.

8.º Sobre el acervo así formado, se calcula porción conyugal que, como dijimos, es la cuarta parte del mismo, que se entrega íntegramente al cónyuge que carece en absoluto de bienes, y el resto se reparte entre los demás asignatarios en conformidad a la ley o al testamento, porque por el inciso final del artículo 959, el testador dispone del acervo líquido que queda después de deducida la porción conyugal, y porque el artículo 1,184 calcula la mitad legitimaria, sobre ese acervo, de modo que la mitad legitimaria, si procede, no se calcula, sino sobre lo que queda después de deducida la porción conyugal. (Si hay legitimarios, rige con ellos el inciso 1.º del artículo 1,190). No debe olvidarse que lo dicho rige en todo caso en que no haya descendientes legítimos, sea que concurren o no los legitimarios de los N.º 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1,182, porque el inciso 1.º del artículo 1,178 se refiere a todo orden de sucesión.

9.º Si el cónyuge tiene bienes en cantidad inferior a lo que le corresponde por porción conyugal, sólo tiene derecho al complemento, según el artículo 1,176, inciso 1.º, es decir, a lo que le falta para enterar con sus bienes la porción conyugal que le corresponde, a menos que los abandone, porque entonces

llevaría toda la porción conyugal. En tal caso, tiene lugar lo que el Código llama "deducciones de la porción conyugal", que son los bienes que tiene el cónyuge sobreviviente. Se llaman así, porque su valor se substraen o se deduce de la cuantía que forma la porción conyugal; en otros términos, esas deducciones se imputan a ella, es decir, la porción conyugal se entera y paga con esos bienes y el saldo hasta completarla, con bienes de la masa hereditaria.

10. Estas deducciones, una vez calculada la porción conyugal, van a incrementar el resto de la masa de donde aquélla se ha sacado para repartirlas entre los demás asignatarios en la forma que corresponda. No es aceptable, como algunos creen, la acumulación previa de estas deducciones al acervo para en seguida calcular sobre la cantidad, formada por el acervo y ellas la cuantía de la porción conyugal, por las siguientes razones:

a) Porque el artículo 1,185, que ordena tal acumulación, no da reglas para computar la porción conyugal, que se rige por el artículo 1,178, sino únicamente, como lo dice, para computar las cuartas de que habla el artículo 1,184.

b) Porque la porción conyugal es una parte de los bienes del difunto, pero no una parte de los bienes de éste y de los propios del cónyuge, como sucedería si se procediera en la forma que rechazamos.

c) Porque comprendiendo las deducciones, tanto los bienes propios del cónyuge como los asignados por el cónyuge difunto, debería aplicarse el mismo criterio en ambos casos, ya que la ley no distingue, y si así lo hiciera, se computaría dos veces en el acervo de los bienes del difunto una misma cantidad, cuando las deducciones consistieran en asignaciones, y esto es contrario a toda noción de derecho, y

d) Porque cuando no hay descendientes legítimos, la porción conyugal es una baja general que se deduce de la herencia antes de hacer las acumulaciones del artículo 1,185, las cuales suponen que la porción conyugal ya está calculada, y como las deducciones que se hacen a la porción tienen lugar cuando ésta ya está calculada, es evidente que no pueden acumularse. En efecto, el artículo 1,185 ordena hacer las acumulaciones, de acuerdo con el artículo 1,184, al acervo líquido, y éste es el que ha sufrido las deducciones del artículo 959, entre ellas, la de la porción conyugal; de modo que cuando se acumulan las agregaciones del artículo 1,185, la porción conyugal ya está calculada y deducida, porque sólo hay acervo líquido como dice este artículo.

11. *Ejemplo.* Supongamos un acervo ilíquido de \$ 100,000; las bajas generales ascienden a \$ 10,000; las donaciones revocables a \$ 10,000. De acuerdo con lo dicho, se deducen del acervo los \$ 10,000 a que ascienden las bajas generales, y al saldo que queda sólo se le acumulan las donaciones revocables si las hay, lo que da un total de \$ 100,000, cuya cuarta parte son \$ 25,000 que se le entregan al cónyuge a título de porción conyugal. El resto, \$ 75,000, se distribuye entre los asignatarios del difunto en conformidad a la ley o al testamento. (Si hay legitimarios, rige con ellos el inciso 1.º del artículo 1,190).

Supongamos ahora que el cónyuge sobreviviente tiene \$ 10,000 a que ascienden sus gananciales. Como según el artículo 1,176, inciso 2.º, en este caso sólo tiene derecho al complemento, y debe imputarse a la porción conyugal todo lo que perciba en la sucesión del difunto a cualquier título, no puede recibir a título de porción conyugal sino \$ 15,000 que, con los \$ 10,000 que tiene, forman \$ 25,000 a que asciende esa porción. Los \$ 10,000 restantes y que que-

dan por no entregársele al cónyuge por las razones anteriormente dichas, se acumulan a la masa, o sea, a los \$ 75,000, lo que da un acervo total de \$ 85,000 que se repartirán entre los asignatarios según la ley o el testamento.

Si suponemos que esos \$ 10,000 que tiene el cónyuge le han sido asignados en el testamento, la solución debe ser la misma, o sea, se le entregan esos \$ 10,000 a título de asignación, pero imputados a la porción conyugal, y los \$ 15,000 restantes que faltan para completársela. Esos \$ 10,000 se sacarán de la parte de libre disposición, y la cantidad de la porción conyugal que no se entregó al cónyuge vuelve, como en el caso anterior, a la masa partible.

En una palabra, cuando el cónyuge tiene bienes de un valor inferior a lo que le corresponde por porción conyugal, sólo se le entregan a título de tal los que sean necesarios para completarla, y es esta cantidad, es decir, el complemento, lo que se deduce como baja general, y el resto constituye la masa partible. Así, en el ejemplo propuesto, al cónyuge sólo se le dan a título de porción conyugal \$ 15,000, con lo cual queda un saldo de \$ 85,000 que se reparten en conformidad a la ley o al testamento.

HAY DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

12. En este caso, que constituye una excepción a la regla general del inciso 1.º del artículo 1,178, la porción conyugal es la legítima rigurosa de un hijo y no participa del carácter de baja general, porque así lo dispone expresamente el N.º 5.º del artículo 959.

Para calcular la porción conyugal en este caso, se deducen del acervo ilíquido las bajas a que se refieren los cuatro primeros números del artículo 959, se le acumulan las donaciones revocables por las razones manifestadas en el N.º 5.º de este Memorándum, pero no las irrevocables, aunque sean hechas en razón de legítimas o mejoras, ni tampoco las que se hagan a extraños por las consideraciones de los N.ºs 6.º y 7.º, y ese acervo así formado se divide en dos partes iguales, de acuerdo con el artículo 1,184, una de las cuales forma la mitad legítimaria, que se divide en tantas partes como cuantos sean los hijos, más el cónyuge, es decir, se divide en un número de partes iguales al número de hijos más el cónyuge, sean ellos del primero o segundo matrimonio, porque el artículo 1,178 no distingue y todos son hijos legítimos con derecho a suceder. Como se ve, en este caso, la porción conyugal no es la legítima efectiva de un hijo, sino la legítima rigurosa, es decir, no se saca de toda la herencia sino de la mitad legítimaria. En consecuencia, el cónyuge no aprovecha del beneficio del artículo 1,191.

13. Si el cónyuge carece en absoluto de bienes, se le entrega toda su porción conyugal, y las cuotas de los demás se le entregan a cada hijo. La otra mitad de la herencia se destina a cuarta de mejoras y a cuarta de libre disposición.

14. Si uno de los hijos no lleva el todo o parte de su legítima por alguna razón legal, dicho todo o parte contribuye a formar las legítimas rigurosas de los otros y la porción conyugal, es decir, dicho todo o parte se distribuye en partes iguales entre el cónyuge y los demás hijos llamados a suceder. Hay que advertir que esta regla, contenida en el inciso 1.º del artículo 1,190, se aplica a todos los legitimarios, aunque no sean descendientes legítimos, pero cuando los

legitimarios son los de los N.ºs 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1,181, la cuota del que falta sólo se distribuye entre los demás legitimarios y no aprovecha al cónyuge, porque en tal caso la porción conyugal no se deduce de la mitad legitimaria, sino que es la cuarta parte de toda la herencia.

15. Si el cónyuge tiene bienes en cantidad inferior a lo que le corresponde por porción conyugal, sea que esos bienes sean propios o que se los asigne el testador, sólo tiene derecho al complemento a título de porción conyugal, la cual se le entera con sus bienes y con ese complemento, a menos que los abandone, porque entonces llevaría toda su porción conyugal. La parte de la porción conyugal que no se le entrega, o sea, las deducciones que deba hacerseles, vuelven, según el inciso 2.º del artículo 1,190, a la mitad legitimaria para repartirse por iguales partes entre los hijos del difunto llamados a suceder, con exclusión esta vez del cónyuge sobreviviente. Esta regla sólo rige cuando hay hijos legítimos, porque el artículo 1,190 sólo deroga al 1,185 para este efecto, en atención a que las deducciones deben volver al acervo de donde se saca la porción conyugal, y en este caso ella se saca de la mitad legitimaria, de modo que aun cuando haya legitimarios que no son descendientes legítimos, esas deducciones no van a la mitad legitimaria, sino a la masa común.

16. De lo expuesto, se desprende que cuando hay hijos legítimos, las deducciones de la porción conyugal no se acumulan previamente a la mitad legitimaria para calcular la porción conyugal, como lo sostienen los señores Fabres, Ramírez y Barros, sino que, una vez calculada esa porción, ellas vuelven a la mitad legitimaria para beneficiar a los hijos únicamente; en otros términos, estas deducciones se distribuyen a la inversa de lo que ocurre con la cuota del legitimario que falta, únicamente entre los hijos, con exclusión del cónyuge, a quien no aprovechan.

Pensamos así por las siguientes razones:

a) Porque el artículo 1,190, inciso 2.º no hace sino repetir la regla del artículo 1,185, en cuanto a la acumulación de las deducciones para el caso de que haya hijos legítimos, es decir, dicho artículo constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 1,185, y como éste sólo rige la computación de las cuartas de que habla el artículo 1,184, es evidente que el artículo 1,190 sólo se ocupa de la formación de la mitad legitimaria y no de la porción conyugal, que se rige por el artículo 1,178.

b) Por las razones dadas en las letras b) y c) del número 10.

c) Porque la expresión "*volverán*" que emplea el inciso 2.º del artículo 1,190 significa la idea de que regrese a la mitad legitimaria algo que ya salió de ella, puesto que sólo vuelve lo que ha salido; de modo que para que las deducciones vuelvan, es menester que la porción conyugal ya esté calculada y entregada. Sólo así el excedente, o sea, lo que la ley llama "deducción" vuelve a esa mitad legitimaria. Si las deducciones se acumulan previamente a la mitad legitimaria para calcular la porción conyugal, es decir, si se distribuye entre los hijos y el cónyuge, no volverían, pues, en tal caso, la porción conyugal no se habría sacado de la mitad legitimaria antes de hacer tales deducciones, sino que lisa y llanamente ellas se agregarían a la mitad legitimaria para en seguida sacar aquélla. En tal caso, no habría vuelta de las deducciones, puesto que habrían ido a la mitad legitimaria antes de salir la porción conyugal, y si la ley así lo hubiera querido, habría dicho "se agregarán" en vez de "*volverán*", como lo hizo el inciso anterior, lo que corrobora la diversidad de criterio.

d) Porque la frase "*de la misma manera*" que emplea el inciso 3.º del artículo 1,190, no significa "con el mismo objeto", como habría que entenderla si las deducciones se acumularan a la mitad legitimaria antes de calcular la porción conyugal, sino que manifiesta la idea de que aquéllas vuelvan *en la misma forma*, es decir, como ocurre con la cuota del legitimario que falta y como ésta sólo va a la mitad legitimaria para formar las legítimas rigurosas de los otros, con exclusión de la del legitimario que falta y que es quien sufre la deducción, es evidente que al decir la ley que las deducciones de la porción conyugal vuelven *de la misma manera*, ha querido decir que vuelven a la mitad legitimaria para formar las legítimas rigurosas de las demás personas, o sea, de los hijos, con exclusión del cónyuge. El inciso 1.º del artículo 1,190 priva de los beneficios de la acumulación al legitimario de cuya legítima se deducen las acumulaciones, como se desprende de las palabras "*contribuirá a formar las legítimas de los otros*"; en consecuencia, el espíritu de ese inciso es que las agregaciones contribuyan a beneficiar a todos los que deben repartirse la mitad legitimaria, incluso el cónyuge, menos a aquél que sufre las deducciones, y como en el caso del inciso 2.º es el cónyuge quien sufre las deducciones que en él se contemplan, es claro que no puede beneficiarse de su agregación.

16 bis. *Ejemplo.* Supongamos un acervo calculado en la forma antedicha de \$ 100,000, y que hay cuatro hijos legítimos. La mitad legitimaria asciende a \$ 50,000, y la legítima rigurosa de cada hijo a la quinta parte, o sea, \$ 10,000, ya que son cuatro los hijos, a los cuales hay que agregar el cónyuge. La porción conyugal es de \$ 10,000. En consecuencia, la herencia se distribuye así:

- \$ 10,000 para cada uno de los hijos a título de legítima rigurosa;
- " 10,000 por porción conyugal, que se le entregan al cónyuge;
- " 25,000 para cuarta de mejoras; y
- " 25,000 para cuarta de libre disposición.

Supongamos ahora que el cónyuge tenga \$ 5,000 asignados en el testamento. En tal caso, sólo tiene derecho en el complemento, o sea, a otros \$ 5,000, y la cantidad de la porción conyugal que no se le entrega, que es lo que llamamos "deducciones" vuelve a la mitad legitimaria para dividirse entre los cuatro hijos, a razón de \$ 1,250 para cada uno. En consecuencia, la herencia se distribuye así:

- \$ 11,250 para cada uno de los hijos;
- " 25,000 para cuarta de mejoras;
- " 10,000 por porción conyugal, de los cuales \$ 5,000 han salido de la cuarta de libre disposición; y
- " 20,000 que quedan en esta última, lo que hace un total de \$ 100,000.

EL CONYUGE SOBREVIVIENTE TIENE BIENES DE UN VALOR IGUAL O SUPERIOR A LO QUE LE CORRESPONDE POR PORCIÓN CONYUGAL

17. En este caso, se rige por el artículo 1,179 del Código Civil, sea que haya o no descendientes legítimos u otros legitimarios. El cónyuge no tiene derecho a porción conyugal, a menos que, ejercitando el derecho que le otorga el artícu-

lo 1,177, abandone sus bienes (sean propios o asignados en el testamento), en cuyo caso éstos se acumularán en la forma antedicha al acervo común, si no hay descendientes legítimos, o a la mitad legitimaria, si los hay, porque los artículos 1,185 y 1,190 se refieren a toda deducción de la porción conyugal, cualquiera que sea su naturaleza o cuantía.

18. El cónyuge sobreviviente no puede llevar en la sucesión del difunto, a título de asignación voluntaria, una cantidad de bienes superior a la parte de libre disposición, porque de lo contrario se lesionarían las legítimas y cuarta de mejoras, si hubiere lugar a ella, lo que daría margen a que los legitimarios intentaran la correspondiente acción de reforma del testamento; pero nada obsta a que el difunto pueda dejar al cónyuge sobreviviente toda la parte de libre disposición.

19. Cuando al cónyuge sobreviviente se le asignan en el testamento bienes superiores a lo que le corresponde por porción conyugal, no puede reclamar ésta, porque tiene bienes; pero esa asignación se le entrega imputándosele, en la parte que quepa, a su porción conyugal, de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1,176, y el sobrante que falta para completar la asignación se imputa a la parte de libre disposición, con lo cual el difunto queda en situación de disponer de otra porción de esa parte de libre disposición. Es como si en el artículo 1,179 se dijera: si el cónyuge ha de percibir en la sucesión más de lo que corresponde a título de porción conyugal, no tiene derecho a ella porque es rico; pero al llevar su asignación, se le imputa parte de ella en lo que corresponda a porción conyugal, de acuerdo con el artículo 1,176, inciso 2.º, y el resto que exceda hasta completar la asignación se saca de la parte de libre disposición. El sobrante de la parte de libre disposición se entrega a los demás legatarios que haya, o se distribuye entre los herederos en conformidad a las reglas generales. Es decir, en el caso del artículo 1,179, el cónyuge sobreviviente lleva toda su asignación, con tal que no sea superior a la parte de libre disposición, y la cantidad de ésta que queda sin entregar al cónyuge se agrega al acervo de donde esta porción se deduce, o sea, de la masa común cuando no hay descendientes legítimos o de la mitad legitimaria cuando los hay, a menos que el testador haya hecho otras asignaciones con cargo a la parte de libre disposición, que la absorban completamente.

20. Fluye de lo expuesto que el cónyuge sobreviviente no puede llevar, a la vez, porción conyugal y parte de libre disposición, como han sostenido algunos, tanto porque todo cuanto el cónyuge recibe en la sucesión del difunto se imputa a porción conyugal (artículo 1,176), de modo que ésta quedaría en aquélla si fuere menor que la asignación y no podría recibir dos veces la porción conyugal, cuanto porque la porción conyugal es una asignación forzosa que se da al cónyuge que no tiene bienes o que los tiene en cantidad inferior a ella, y no al que los tiene en cantidad superior. Aceptar la acumulación de la parte de libre disposición con la porción conyugal, sería destruir todo el sistema legal que rige la materia, y principalmente, el artículo 1,177 del Código Civil, que no permite acumular los bienes propios del cónyuge con la porción conyugal.

21. Cuando la asignación que se hace al cónyuge sobreviviente excede de lo que corresponde por porción conyugal, puede retener sus propios bienes, por-

que el artículo 1,177 rige cuando pide porción conyugal, y en este caso no la hay por las razones manifestadas, y por los mismos motivos tampoco se imputan ellos a esa asignación.

21 bis. *Ejemplo.* El acervo partible, calculado en conformidad a lo dicho en los N.ºs 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, asciende a \$ 100,000, y el testador le deja al cónyuge sobreviviente en su testamento \$ 30,000. No hay descendientes legítimos, pero sí otros legitimarios. El cónyuge no tiene derecho a porción conyugal ni la pide; luego, sólo recibe su asignación de \$ 30,000 que se le entregan imputándose \$ 25,000 a la porción conyugal, a que ella ascendería en este caso, conforme al inciso 1.º del artículo 1,178, y \$ 5,000 a la parte de libre disposición, que, en el presente caso, sería la mitad de \$ 75,000, o sea, \$ 37,500, por lo cual ésta quedaría reducida a \$ 32,500 que se reparten entre los demás asignatarios, según la ley o el testamento. En consecuencia, la herencia se repartirá así:

Mitad legitimaria	\$ 37,500	
Parte de libre disposición	32,500,	que van a los demás asignatarios o al legitimario.
Para el cónyuge sobreviviente	30,000	

Supongamos que haya cuatro hijos y que la asignación hecha al cónyuge ascienda a \$ 25,000. La mitad legitimaria son \$ 50,000, por lo que la porción conyugal sería \$ 10,000. Luego la asignación de \$ 25,000 se le entrega al cónyuge imputándole \$ 10,000 a porción conyugal y \$ 15,000 a cuarta de libre disposición que, por lo tanto, quedaría reducida a \$ 10,000, los que se repartirían entre los demás legatarios, si los hay, o entre los legitimarios, según las reglas generales. La herencia, en consecuencia, se distribuiría así:

- \$ 10,000 para cada hijo;
- " 25,000 para el cónyuge sobreviviente;
- " 25,000 para cuarta de mejoras; y
- " 10,000 para cuarta de libre disposición.

Si el cónyuge sobreviviente acumulara la porción conyugal con la cuarta de libre disposición, recibiría en vez de \$ 25,000, \$ 35,000.

Si el difunto dice: dejo a mi madre la mitad legitimaria, y a mi mujer la parte de libre disposición, le corresponderían \$ 50,000 a cada una, pues se procedería así: porción conyugal, \$ 25,000; mitad del acervo partible, \$ 37,500. Luego, la madre recibe \$ 37,500. La mujer, \$ 25,000 por porción conyugal; \$ 12,500 de la parte libre, que queda en \$ 25,000 y que vuelve a la herencia para dividirse según los deseos del testador, o sea, \$ 12,500 para cada una, madre y mujer, lo que da \$ 50,000 para cada una.

Si el difunto tiene cuatro hijos dice: asigno a mi mujer la cuarta libre y no agrega nada más, la herencia se divide así: \$ 75,000 para legítimas y mejoras, y \$ 25,000 para la mujer, \$ 50,000 es la mitad legitimaria; \$ 10,000 la porción conyugal. Luego, los \$ 25,000 de porción conyugal se enteran con esos \$ 10,000 y con \$ 15,000 de la parte de libre disposición. El saldo vuelve a la mitad legitimaria.

NOTAS RELATIVAS A DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN CON
MOTIVO DE LA PORCIÓN CONYUGAL

(Notas de don Pedro Lira U.)

1. La cuantía de la porción conyugal está determinada por el artículo 1,178 que dice que ella es "la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. "Habien-do tales hijos, agrega el inciso 2.º, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo".

2. Para determinar la porción conyugal, se hace necesario, pues, distinguir dos situaciones: si hay descendientes legítimos o si no los hay. Además, una cosa es la determinación de la cuantía de la porción conyugal y otra es el monto efectivo de tal porción, pues sabemos que la porción conyugal íntegra sólo la recibe el cónyuge que llamamos pobre; el cónyuge que tiene bienes propios de un valor inferior a la porción conyugal sólo recibe el complemento, o sea, una porción conyugal complementaria, no íntegra.

No tratamos aquí del caso en que el cónyuge, teniendo bienes por valor igual o superior a la porción conyugal, los abandona para tomar su porción conyugal, haciendo uso del derecho que le da el artículo 1,177. En consecuencia, las explicaciones que siguen se aplican tan sólo a los dos casos siguientes que pueden presentarse existiendo o no existiendo descendientes legítimos; que el cónyuge sea enteramente pobre, o sea, que carezca en absoluto de bienes y deba recibir, por tanto, la porción conyugal íntegra; y el segundo caso del cónyuge que tiene bienes inferiores a la porción conyugal y que debe recibir la porción conyugal complementaria.

3. Estos bienes propios que tiene el cónyuge pueden tener tres orígenes: o los tiene como propios independientes de la sucesión del cónyuge difunto y de la sociedad conyugal, como sería el caso de bienes propios que administrara separadamente o bienes que formaran su haber propio; o los tiene como gananciales de la sociedad conyugal; o son, por último, bienes que le corresponden en la sucesión del cónyuge difunto a otro título que el de la porción conyugal, como por ejemplo, a título de legatario.

Estos bienes propios, cualquiera que sea su origen, se llaman deducciones a la porción conyugal, porque la porción conyugal calculada en la forma que veremos, no se entrega íntegra cuando el cónyuge tiene bienes propios, sino parcialmente, enterándose ella con los bienes propios del cónyuge, que por restarse de la porción conyugal calculada en su integridad, toman el nombre de "deducciones a la porción conyugal".

Nadie discute, porque el artículo 1,176 es lo suficientemente claro, que tales bienes sirven para enterar la porción conyugal y que el resto que falta para su cálculo íntegro es el complemento que se le entrega al cónyuge, complemento que toma el nombre de porción conyugal complementaria. La dificultad que se presenta es otra: saber si estos bienes propios han podido o no servir para el cálculo de la porción conyugal, o si al fijarse la cuantía de la porción conyugal se tomaron o no en cuenta tales bienes.

4. *Caso en que no hay descendientes legítimos.* La porción conyugal es una deducción o baja general, según el artículo 959, y asciende a la cuarta parte del patrimonio ilíquido del difunto que ya ha sufrido las deducciones de los cuatro primeros números del artículo 959. Conviene insistir en que la porción conyugal, en tal caso, no es deducción o baja del acervo líquido ni tampoco del acervo ilíquido, pues este último ya ha sufrido las bajas de los números 1.º al 4.º, inclusive.

5. ¿Se aprovecha en este caso el cónyuge de la formación de los acervos imaginarios? En modo alguno, pues la porción conyugal está ya calculada antes de formarse tales acervos, en el supuesto de ser ellos procedentes.

6. Se habla de que en tal caso, o sea, cuando no hay descendientes legítimos, el cónyuge aprovecha de la acumulación de las donaciones revocables hechas a extraños o a legitimarios. Es evidente que aprovecha, pero no porque se trata de una verdadera acumulación hecha a virtud de lo dispuesto en el artículo 1,185, sino porque entre los bienes del acervo líquido, sin necesidad de formarse acervos imaginarios, están las donaciones revocables, ya que ellas forman parte del patrimonio del difunto como forman los legados, y esto aun que en la vida se haya dado a los donatarios el goce de los objetos.

7. No existiendo descendientes legítimos, que es el caso que analizamos, ¿aprovecha o no el cónyuge de sus propios bienes, o sea, de las deducciones de la porción conyugal para el cálculo o determinación de esta? El profesor Alessandri, siguiendo la doctrina contraria a Fabres, cree absolutamente que no; el profesor Barros Errázuriz, siguiendo la doctrina de Fabres, que sí. A mi modo de ver, hay que distinguir: si los bienes propios son tales porque tienen su origen en la sucesión del cónyuge difunto, son legados, por ejemplo, es evidente que el cónyuge ha aprovechado de ellos para el cálculo de la porción conyugal por la razón sencilla de que son, estaban en el patrimonio del difunto, y si se hubieren hecho un lado para calcular la porción conyugal, se habría procedido mal violentando los artículos 1,172 y 1,178. Pero cuando esos bienes propios tienen su origen independientemente de la sucesión del cónyuge difunto, porque son gananciales o bienes que tenía ya desde antes el cónyuge sobreviviente, me parece también evidente que no entran para el cálculo de la porción conyugal. Sostener lo contrario, equivaldría a negar la frase de los artículos 1,172 y 1,178, que habla de que la porción conyugal se calcula sobre los bienes de la persona difunta, no sobre el patrimonio del difunto incrementado con bienes propios del cónyuge sobreviviente.

8. Estos bienes propios o deducciones a la porción conyugal, en el caso último, o sea, cuando tienen su origen independientemente de la sucesión del difunto, van a la masa hereditaria, o sea, al patrimonio líquido cuando haya sido calculada la porción conyugal, o sea, aprovechando a los herederos, no al cónyuge sobreviviente.

9. *Caso en que hay descendientes legítimos.* Sabemos que en este caso, de acuerdo con el artículo 1,178, inciso 2.º, la porción conyugal es la legítima rigurosa de un hijo, no la efectiva, pues el artículo 1,191 así lo establece. Las dificultades se producen cuando hay que formar acervos, sea en su integridad o en

parte, no caben en realidad dificultades, pues la mitad legitimaria de donde se sacan las legítimas rigurosas será sencillamente la mitad del acervo líquido.

10. ¿Aprovecha o no el cónyuge de las acumulaciones de donaciones revocables que debe hacerse en el caso del artículo 1,185 para la formación del acervo imaginario primero?

Es evidente que aprovecha por la razón dada en el número 6.º y en esto no hay discusión. Conviene insistir en que según el artículo 1,185, estas donaciones hechas a legitimarios autorizan para formar el primer acervo imaginario, de modo que todos están obligados a reconocer que el cónyuge se puede aprovechar de la formación del primer acervo imaginario si en él sólo se acumulan las donaciones revocables hechas a legitimarios en razón de legítimas o mejoras.

11. ¿Aprovecha o no el cónyuge de la formación del primer acervo imaginario cuando él tiene por base la acumulación de las donaciones irrevocables hechas a legitimarios en razón de legítimas o mejoras?

Mientras Barros Errázuriz, siguiendo la doctrina de Fabres, sostiene que sí, el profesor Alessandri, siguiendo la doctrina de Aguirre Vargas, sostiene que no. Las razones de la negativa son: a) que los artículos 1,185 y en especial el 1,186 favorecen con la formación de los acervos imaginarios sólo a los legitimarios, "tendrán derecho los legitimarios" dicen textualmente, excluyendo con ello al cónyuge que no es legitimario; b) que estos artículos tratan de la formación de las cuartas y no dan reglas para el cálculo de la porción conyugal que se rige por el párrafo 2.º del título V; c) que el artículo 1,199 dispone que la acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas o mejoras (caso en estudio) para el cómputo prevenido en los artículos 1,185 y siguientes, no aprovecha a los acreedores hereditarios ni a los asignatarios que lo sean a otro título que el de "legítima o mejora" y como el cónyuge no es asignatario a título de legítima o mejora, sino sólo asignatario a título de porción conyugal, no aprovecha de tal acumulación.

En desacuerdo con tal opinión, estimo que el cónyuge aprovecha de la acumulación referida por las siguientes razones: a) porque las razones contrarias no son decisivas, ya que si bien es cierto que los artículos 1,185 y 1,186 hablan de legitimarios, no quiso el Código excluir al cónyuge ni creyó necesario agregar que a más de los legitimarios aprovecha el cónyuge, pues como la porción conyugal equivale a la legítima rigurosa de un hijo, lo entendió incluir en el aprovechamiento. b) Además, el artículo 1,199 no hace una exclusión formal, como ocurre en los casos del artículo 1,191, inciso 3.º, y 1,193; tal vez es impropia la expresión del artículo 1,199, pero puede entenderse que no excluye al cónyuge; c) porque la legítima rigurosa se saca de la mitad legitimaria y la mitad legitimaria, según el artículo 1,184, se calcula no sólo sobre el acervo líquido del inciso final del artículo 959, sino sobre tal acervo "previas las agregaciones que en seguida se expresen" o sea, las agregaciones previstas en los artículos 1,185 y 1,186, que son justamente los acervos imaginarios de que se trata. Quiere esto decir que legítima rigurosa hay sólo una, la que sale de la mitad legitimaria, y el cónyuge lleva una porción conyugal, la cantidad equivalente a una legítima rigurosa; y la tesis contraria obliga a violentar los artículos 1,178 y 1,184, pues sostiene que no aprovechándose el cónyuge de las acumulaciones de los acervos imaginarios su legítima rigurosa tiene que ser forzosamente distinta, más pequeña que la legítima rigurosa de un descendiente legítimo, y esto altera substancialmente el sistema del Código.

12. ¿Aprovecha o no el cónyuge de la acumulación de donaciones irrevocables a extraños en el caso de formarse el segundo acervo imaginario? Sostengo que sí, por las mismas razones anteriores. Los que mantienen la opinión contraria en el caso anterior se ven también forzados a sostener que el cónyuge, por las mismas razones dadas en el número anterior, no aprovecha de este segundo acervo imaginario.

Llamo la atención hacia la injusticia que ello envuelve, pues si bien los hijos serían resguardados por el segundo acervo imaginario, el cónyuge que, según el artículo 1,178, debe recibir como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo, no aprovecharía de él, o sea, quedaría totalmente perjudicado.

13. ¿Aprovecha o no el cónyuge en este caso, en que hay descendientes legítimos, de la acumulación de sus propios bienes?

Sabido es que el artículo 1,185 ordena acumular, para la formación del primer acervo imaginario, las deducciones a la porción conyugal, o sea, los bienes propios del cónyuge.

Es éste, sin duda, el caso más discutible, pues el sistema del código en este punto es armónico.

Los que niegan en absoluto la acumulación de las deducciones a la porción conyugal para el cómputo de ésta, se fundan no sólo en las razones dadas por el número 11 y que son aplicables a todas las acumulaciones de los acervos imaginarios, sino también en razones especiales. El artículo 1,190, en su inciso 2.º, dicen, el emplear la expresión "volverán de la misma manera a la mitad legitimaria", etc, quiso decir "volverán en la misma forma", no significando otra cosa que así como la porción del legitimario que falta vuelve a la mitad legitimaria para repartirse entre los restantes, incluido el cónyuge, pero con exclusión del que falta, así también las deducciones a la porción conyugal vuelven a la mitad legitimaria para ser repartidas entre los legitimarios, pero con exclusión del cónyuge, cuya porción conyugal está calculada. El término "volverán", agregan, supone la idea de algo que estuvo y que salió de la mitad legitimaria, de modo que supone que la porción conyugal fue ya calculada y entregada. Sólo entonces puede decirse que estas deducciones "vuelven".

No puede desconocerse que estas razones son fuertes y que el sostener que el cónyuge aprovecha, para el cómputo de su porción conyugal, de la acumulación imaginaria de sus propios bienes, se va contra lo afirmado en los artículos 1,172 y 1,778, que obligan a calcular la porción conyugal sobre los bienes del difunto, no sobre los bienes de éste más los del cónyuge.

Sin embargo, cabe advertir, desde luego, que esta acumulación no tiene nada de particular cuando los bienes propios del cónyuge consisten en bienes de la sucesión del difunto, como legados, por ejemplo, pues entonces nadie puede negar que al calcularse la porción conyugal se han tomado en cuenta tales bienes propios del cónyuge.

Las dificultades quedan así reducidas a los casos en que el cónyuge tiene bienes propios extraños en absoluto a la sucesión del difunto. Las razones que pueden darse en defensa de la acumulación de tales bienes, aun en estos casos, son:

a) Que así lo exige la armonía del sistema y en especial los artículos 1,184 y 1,185, pues la mitad legitimaria de la cual se van a sacar las legítimas rigurosas es la mitad del acervo líquido más el o los acervos imaginarios.

b) Que si el Código hubiera querido excluir al cónyuge, lo habría hecho

como lo dijo en los casos análogos de los artículos 1,191, inciso 3.º, y 1,193;

c) Que el inciso 2.º del artículo 1,190 parece apoyar esta interpretación, pues viniendo inmediatamente a continuación del inciso 1.º que favorece al cónyuge, emplea la expresión "volverán de la misma manera", siendo así verosímil suponer que el alcance de la frase sea el de "volverán con el mismo objeto", "volverán para lo mismo o para el mismo efecto", pues si se hubiera querido atribuirle a esa frase una significación a la idea contenida en el inciso 1.º, habría sido lo natural, para evitar toda duda, que el Código lo hubiera dicho expresamente, o sea, a lo menos hubiera eliminado categóricamente al cónyuge de tal beneficio.

Sin desconocer, por eso, lo discutible del caso, me inclino a creer que son más fuertes las razones en pro de la acumulación.

[índice](#)

LAS LEGITIMAS

Concepto.—Las legítimas y las mejoras están tratadas en el párrafo 3.º del título V.

De acuerdo con el artículo 1,181, la legítima es aquella cuota de los bienes del difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Y agrega el inciso 2.º: "Los legitimarios son, por consiguiente, herederos". Esta advertencia no era necesaria, por cuanto el inciso 1.º dice que la legítima es aquella "cuota de los bienes", con lo cual ya se subentiende que el legitimario es heredero, según el artículo 951. Quizás si la insistencia del legislador se deba al deseo de evitar cualquier duda al respecto, lo cual se consigue con una declaración expresa.

La institución de la legítima tiene un origen muy antiguo. Existió en el Derecho Romano; la cuarta falcidia de éste es algo muy semejante a nuestra legítima.

Quiénes son legitimarios.—Lo dice el artículo 1,182:

1.º Los hijos legítimos, personalmente o representados por su descendencia legítima;

2.º Los ascendientes legítimos;

3.º Los hijos naturales, personalmente o representados por su descendencia legítima;

4.º Los padres naturales. *que también reconocido al hijo de 1º y 5º del*

Esta disposición necesita las siguientes observaciones:

a) Tiene el carácter de taxativa: no hay otros legitimarios que los que expresamente indica;

b) No es sinónimo decir legitimarios y asignatarios forzosos. El término asignatario forzoso es genérico; el término legitimario, específico. Porque, si bien todo legitimario es asignatario forzoso, no todo asignatario forzoso es legitimario, ya que el cónyuge por su porción conyugal y el alimen-

de artículo 271.

tario de los alimentos que se deben por ley son asignatarios forzosos. Los legitimarios son una clase de asignatarios forzosos;

c) Este artículo, con su redacción, nos anticipa que hay lugar a la representación con respecto a los legitimarios. Porque en los números 1 y 3 habla de los hijos legítimos y naturales personalmente o "representados por su descendencia legítima".

Distribución de la mitad legitimaria; reglas a que está sometida.—

El artículo 1,183 dice que los legitimarios concurren y son excluidos y representados en conformidad a las reglas de la sucesión intestada. Este artículo no dice que concurren todos los que la ley llama a la sucesión intestada. Lo que dice es que en la mitad legitimaria sólo concurren los herederos que tienen el carácter de legitimarios.

De modo que esta concurrencia, exclusión y representación sólo se refiere a los legitimarios dentro de la mitad legitimaria; pero no acontece lo mismo dentro de las cuartas de mejoras y libre disposición. Respecto de ellas, no se aplican las reglas de la sucesión intestada.

Y, en consecuencia, tenemos que, en conformidad al artículo 1,183, en relación con las reglas de la sucesión intestada, si hay hijos legítimos, se llevan "ellos" íntegramente la mitad legitimaria. Porque el artículo 988 dice que los hijos legítimos excluyen a todo otro heredero. Y se entiende que hay hijo legítimo sea que exista o haya dejado descendencia legítima, porque hay lugar a la representación.

A falta de hijos legítimos y su descendencia, aplicando el artículo 989, se llevan la mitad legitimaria los ascendientes legítimos, que constituyen el segundo orden de sucesión. Si conjuntamente con los ascendientes legítimos hay hijos naturales, aquéllos no excluyen totalmente a éstos, sino que ambos concurren en la mitad legitimaria, y se llevarán los tres cuartos los ascendientes legítimos y el cuarto restante los hijos naturales. Lo dice el artículo 989.

En tercer término, a falta de ascendientes legítimos, si "sólo" hay hijos naturales, les corresponde íntegramente la mitad legitimaria.

En cuarto lugar, si tampoco hay hijos naturales, se llevan la mitad legitimaria los padres naturales.

En conformidad al artículo 1,184, para ver en qué forma se divide la herencia del causante en presencia de legitimarios, hay que distinguir si existen o no descendientes legítimos:

a) Si no los hay, la herencia se divide en dos mitades: una que forma la mitad legitimaria, y la otra que forma la parte de libre disposición, de la cual el testador puede disponer a su arbitrio;

b) Si los hay, la herencia se divide en cuatro partes: 2/4 (la mitad)

forman la mitad legitimaria; 1/4 forma la cuarta de mejoras, que sólo puede destinarla el testador a mejorar la situación de los descendientes legítimos, sean o no legitimarios, y 1/4 forma la parte de libre disposición. Se puede ver que, en presencia de descendencia legítima, el testador tiene menos libertad para disponer de sus bienes.

Pero, en todo caso, haya o no haya descendientes legítimos, la legítima es siempre la misma; es siempre una cantidad fija: la mitad de la herencia. En cambio, en los Proyectos era variable: era la mitad de lo que correspondía al legitimario en la herencia. Recordemos que de este cambio de criterio resultó la contradicción entre los artículos 990, 1,182 y 1,184.

Existen dos clases de legítimas: la rigurosa y la efectiva.

La legítima rigurosa.—Se refiere a ella el artículo 1,184, inciso 1.º; dice que la mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 959 y las que más adelante se expresarán, se dividirá por cabeza o por estirpe entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada, y lo que a cada uno corresponda será su legítima rigurosa. De donde podemos decir que la legítima rigurosa es aquella parte de la mitad legitimaria que va a corresponder a cada uno de los legitimarios.

Este inciso 1.º sugiere dos comentarios:

a) El legislador ha sido impropio al decir "previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 959", porque este artículo habla de las bajas generales de la herencia; sólo contempla deducciones, pero no agregaciones;

b) Al decir "las que en seguida se expresan", se está refiriendo a las agregaciones que deben hacerse para formar los acervos imaginarios, contemplados en los artículos 1,185, 1,186 y 1,187.

La legítima rigurosa tiene características interesantes:

1) Por de pronto, constituye una asignación forzosa. Y decir asignación forzosa es sinónimo de manifestar que el testador está obligado a respetarla; y el legislador la suple aún con perjuicio de disposiciones expresas del testador, como dice la ley.

2) En conformidad al artículo 1,192, la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno. Característica que hace excepción a los principios generales de Derecho, ya que los actos patrimoniales admiten generalmente modalidades. Por lo demás, es fácil de comprender la filosofía de esta disposición: fundadamente temió el legislador que si se permitía al testador imponer gravamen o establecer modalidades a la legítima, bien podía llegarse en definitiva a burlar al legitimario y privarlo de su legítima.

continuar

Pero hoy este artículo 1,192 tiene una excepción muy interesante: la introducida por la ley 4,827, sobre Comisiones de Confianza de los Bancos. Según ella, puede dejarse la legítima rigorosa a un incapaz con la condición que la administre un Banco. Disposición que en la práctica recibe mucha aplicación. Pero para que se aplique, es necesario que el legitimario sea incapaz, ya por razón de su edad, estado civil o interdicción. Se pretende con ello evitar que el incapaz malgaste su legítima y pierda su fortuna. Las facultades del Banco con respecto a los bienes que constituyen la legítima rigorosa son las de un curador adjunto, cuando no se ha establecido otra cosa en el testamento (artículo 1.º, letra h), incisos 2.º y 3.º).

Esta característica de no poder someterse a modalidad alguna sólo es de la legítima rigorosa, pero no de las cuartas de mejoras o de libre disposición, que quedan regidas por leyes especiales. A la cuarta de libre disposición el testador puede imponer las condiciones o gravámenes que quiera; en la cuarta de mejoras sólo se acepta un gravamen, siempre que sea en beneficio de otro descendiente.

3) En conformidad al artículo 1,197, el testador tiene derecho a señalar los bienes con que se va a pagar la legítima. "Es mi voluntad que la legítima que corresponde a mi hijo Pedro, se le pague adjudicándosele el fundo "El Porvenir". Perfectamente posible. Pero si bien el legislador da al testador esta facultad, no le permite tasar estos bienes. No podría decir que el fundo lo avalúa en \$ 200,000. Porque mediante evaluaciones desconsideradas, que no estaban de acuerdo con la realidad, indirectamente podría privar por lo menos en parte de la legítima al legitimario.

4) Dentro de la herencia la legítima rigorosa goza de absoluta preferencia para pagarse, por cierto, antes que los legados, que la cuarta de libre disposición, que la cuarta de mejoras. El legitimario, por su legítima rigorosa, está colocado en la situación más ventajosa posible. Se desprende del artículo 1,189.

5) Puede acontecer que en el testamento el testador pase en silencio a un legitimario. Ni siquiera lo nombra. En conformidad al artículo 1,218, el pasarlo en silencio significa que lo instituye heredero en su legítima. Es lo que en Derecho se llama "preterición".

En conformidad al artículo 1,190, si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad, desheredamiento o repudiación, este todo o parte se agregará a la mitad legitimaria y contribuirá a formar la legítima de los otros y la porción conyugal en el caso del artículo 1,178, inciso 2.º Esta disposición nos sugiere comentarios:

Dice que si el legitimario no lleva el todo o parte de su legítima... La regla general es que el legitimario o lleva su legítima íntegramente o no la lleva. Sin embargo, por excepción, puede llevar sólo una parte de su legítima. Lo que acontece en dos casos:

1) Cuando de parte del testador hay un desheredamiento parcial (aquella cláusula testamentaria en que el testador priva a su legitimario de todo o parte de su legítima);

2) En el caso del artículo 114, en el caso del menor que se casa sin el consentimiento de las personas llamadas a otorgárselo por ley; si fallece esta persona abintestato, pierde el menor la mitad de lo que le corresponde abintestato.

En seguida, según este artículo, la parte del legitimario que falta beneficia al cónyuge, pero sólo para formar su porción conyugal, cuando haya descendientes legítimos, porque sólo a este caso se ha referido el artículo 1,190, inciso 2.º De modo que si no hay descendientes legítimos, la parte del legitimario que falta sólo beneficia a los otros legitimarios.

Finalmente, el artículo 1,190 no tiene nada de particular, es aplicación de los principios generales, y hasta cierto punto el legislador ha sido impropio en sus términos: "Se agregará". Cuando en verdad la mitad legitimario se va a dividir, no entre el número de herederos que pudo existir, sino por el número de los que realmente existieron. Hay, por ejemplo, cinco hijos legítimos. Si son capaces de suceder y aceptan la herencia, se divide la mitad legitimaria por cinco. Pero si uno es incapaz, jurídicamente no es legitimario, no existe para la ley; quedan entonces cuatro legitimarios, y se divide la herencia por cuatro.

El inciso 2.º del artículo 1,190 establece, según la opinión que aceptamos, que en el caso de porción conyugal complementaria, las deducciones a la porción conyugal aprovechan a los legitimarios, pero no al cónyuge sobreviviente para formar su porción conyugal; en contra de la doctrina que sostiene que lo aprovechan.

La legítima efectiva.—A ella se refiere el artículo 1,191, y se puede decir que es la legítima rigorosa aumentada por la cuarta de mejoras o de libre disposición de que el testador no dispuso o si dispuso no tuvo efecto su disposición. "Aumentadas así las legítimas rigurosas se llaman legítimas efectivas", dice el inciso 2.º

Barros Errázuriz, erradamente, considera que sólo hay legítima efectiva tratándose de descendientes legítimos, y no cuando el legitimario tiene otro carácter. Se basa en que el artículo 1,191 sólo habla de cuarta de mejoras, y sólo existe cuarta de mejoras cuando hay descendientes legítimos. Pero, no obstante esta argumentación, la mayoría opina que la legítima efectiva cabe tanto cuando hay descendientes legítimos como cuando no los hay. No habría razón para que el legislador hubiera dado reglas especiales para el caso de los descendientes legítimos, cuando, en realidad, a través de todas sus disposiciones, se ve el deseo de mejorar a todos los legitimarios por las mismas reglas.

Las agregaciones que transforman a la legítima rigorosa en efectiva, no aprovechan al cónyuge para formar su porción conyugal. Lo dice el artículo 1,191, inciso final.

Al artículo 1,191 hicimos alusión cuando estudiamos el artículo 996, que trata de la sucesión parte testada y parte intestada. Dijimos que respecto de la parte de que el testador no dispuso se aplican las reglas de la sucesión intestada. Pero aparece entonces entre estos dos artículos (996 y 1,191) una pequeña contradicción, como sería el siguiente caso: el testador tiene únicamente hijo natural y cónyuge. Y dice: "Dejo la mitad legítima a mi hijo natural", y guarda silencio sobre lo demás. Aplicando el artículo 996, en conformidad a las reglas de la sucesión intestada, esa mitad de la cual nada dijo el testador se la llevaría el cónyuge. Aplicando el artículo 1,191, como el testador no dispuso de su ^{mitad} cuarta de libre disposición, esa mitad debe agregarse a aumentar la legítima rigorosa del hijo natural y transformarla en efectiva. Si se aplica el primer artículo, sale beneficiado el cónyuge; si se aplica el 1,196, se beneficia el hijo natural. Debe aplicarse el artículo 1,191, por la siguiente razón: porque el artículo 996 es disposición de carácter general, en tanto que el 1,191 es de carácter especial, porque está contemplando el caso especial que haya legitimarios. Es la opinión unánime de los tratadistas.

X ACERVOS IMAGINARIOS

Generalidades.—Por diversos medios el legislador defiende la legítima. El medio más eficaz de defensa la constituye la acción de reforma del testamento. Pero hay otro que también lo es eficaz, cual es la formación de acervos imaginarios, que tiene por objeto evitar que la legítima sea burlada por donaciones excesivas que el causante haga ya a alguno de los legitimarios o a extraños. Cuando el causante hace donaciones excesivas a uno de los legitimarios, para evitar esta desigualdad entre los legitimarios, el legislador establece la formación del primer acervo imaginario, que contempla el artículo 1,185; cuando las donaciones las hace a extraños, para evitar el perjuicio que sufren todos los legitimarios, establece el segundo acervo imaginario en los artículos 1,186 y 1,187.

Vimos, al estudiar los principios generales de la sucesión, que había distintas clases de acervos: el común o bruto, el ilíquido, el líquido, y nos remitíamos a los imaginarios. Se llaman imaginarios porque precisamente la forma de hacerlos es acumulando no realmente, sino imaginariamente, ciertas donaciones que se han hecho. Aunque en ciertos casos, cuando las donaciones son más que excesivas, deja de ser imaginaria esta acumulación, y dan éstas acción para que los donatarios se vean obligados a restituir las cosas donadas.

El primer acervo imaginario.—Está contemplado en el artículo 1,185. De acuerdo con él, para computar las cuartas de que habla el artículo anterior, se acumularán imaginariamente al acervo líquido las donaciones revocables e irrevocables hechas en razón de legítimas o mejoras, según el valor que las cosas donadas tuvieron al tiempo de la entrega, y las deducciones a la porción conyugal en el caso del artículo 1,176, inciso 2.º

De esta disposición se desprende que son dos las condiciones vitales e indispensables para que haya lugar al primer acervo imaginario:

- 1) Que haya legitimarios a la fecha del fallecimiento del causante;
- 2) Que a uno de éstos se haya hecho donaciones irrevocables.

I. *Que haya legitimarios.*—Aquí se presenta una cuestión. Algunos consideran que la formación del primer acervo imaginario sólo vendría a beneficiar a los descendientes legítimos, y no a los otros legitimarios. Se basan en la forma cómo empieza a decir el artículo 1,185: "Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente..." Y como sólo hay cuartas cuando hay descendientes legítimos, porque entonces tiene lugar la cuarta de mejoras, se concluye que sólo va a haber lugar a formar este acervo cuando existen descendientes legítimos; pero no tiene lugar cuando hay otros legitimarios que no sean descendientes legítimos (hijos naturales, padres naturales o ascendientes legítimos). Pero esta doctrina no es aceptable por las siguientes razones:

1) Porque si optamos por ella se llegaría a desigualdades e injusticias que la ley no ha podido aceptar. No se ve qué razón tendría el legislador para preferir a los legitimarios que fueren descendientes legítimos sobre los que no tuvieren este carácter. Resultaría que si una persona fallece dejando como legitimarios a dos hijos naturales, podría donar íntegramente sus bienes a uno de éstos y no dejar nada al otro en la herencia. Además, si fallece dejando dos abuelos y tres hijos naturales, puede donar íntegramente sus bienes al abuelo paterno, y el otro abuelo y los hijos naturales nada tocarían en la sucesión. Hay que concluir, por lo tanto, que este acervo se forma tanto para computar las legítimas de los descendientes legítimos como las de los demás legitimarios.

2) El artículo 1,184, al que se remite el artículo 1,185, no sólo se pone en el caso que los legitimarios sean descendientes legítimos, sino también en el caso que no lo sean.

3) Los artículos 1,186 y 1,187, que se refieren al segundo acervo imaginario, tampoco distinguen entre los legitimarios descendientes legítimos y los que no tienen este carácter. Y no se vería por qué, mientras no hace distinciones en el segundo acervo, las hace en el primero y comete la injusticia que hemos señalado.

4) Según el artículo 1,198, se imputa a las legítimas todo lo que el

legitimario haya recibido por donación revocable o irrevocable o legado, y tampoco distingue los legitimarios que son o no son descendientes legítimos.

II. Que haya donaciones irrevocables hechas a uno o más de los legitimarios.—Es lo que viene a darle el carácter a este acervo imaginario. De modo que si no hay donaciones irrevocables, no hay lugar a este acervo primero.

¿Qué se entiende por donaciones irrevocables para este efecto?:

1) En conformidad al artículo 1,198, se van a imputar a la legítima y acumular imaginariamente al acervo las donaciones revocables, las donaciones irrevocables y los legados;

2) En conformidad al artículo 1,203, igualmente se imputa el pago de las deudas de un legitimario que fuere descendiente legítimo, siempre que este pago haya sido útil, y se entiende que lo es cuando extingue la deuda. Esta regla es perfectamente lógica, porque si el causante paga por uno de sus hijos una deuda de \$ 50, es igual que si le hubiere donado esta cantidad, y para no cometer desigualdades, es lógico que se acumulen.

Por el contrario, no se consideran donaciones irrevocables y, por lo tanto, no hay lugar a la formación de este acervo imaginario, las siguientes donaciones:

1) En conformidad al artículo 1,188, los regalos de poco monto, las donaciones que se acostumbran hacer en ciertos casos y días. El hijo se recibe de abogado y el padre le regala un amoblado de escritorio;

2) En conformidad al artículo 1,198, los gastos de educación de los descendientes legítimos. No podría decir uno de los legitimarios que el padre gastó \$ 5,000 en la educación de su hermano;

3) En conformidad al artículo 1,198, inciso 3.º, los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio.

Formación del acervo imaginario.—Se procede deduciendo primeramente las bajas generales del artículo 959, para transformar el acervo ilíquido en líquido. En seguida, hay que agregarle las donaciones revocables que el causante haya hecho a extraños. Esto no lo dice el artículo 1,185, pero estas donaciones no han salido del patrimonio del difunto y procede, por lo tanto, su acumulación. En tercer término, también deben acumularse, por expresa indicación del artículo 1,185, las donaciones tanto revocables como irrevocables que el causante haya hecho a los legitimarios. Y, en cuarto lugar, las deducciones a la porción conyugal cuando hay lugar a la porción conyugal complementaria.

Todas estas agregaciones van a beneficiar a la parte de libre disposición, menos las donaciones irrevocables, porque el artículo 1,199 dice expresamente que las donaciones irrevocables que se han hecho en razón de legi-

timas o mejoras no aprovechan a otros asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima o mejora. En otros términos, sólo aprovechan a los asignatarios que lo sean a título de legítima o mejora. Esta parte que no puede acumularse a la parte de libre disposición, si hay descendientes legítimos va a la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras proporcionalmente, y si no hay descendientes legítimos, va íntegramente a la mitad legitimaria. En lo que se refiere a la porción conyugal, que también puede ir mezclada, tampoco le aprovechan las donaciones irrevocables, a virtud del mismo artículo 1,199; porque el cónyuge no es legitimario ni asignatario de la cuarta de mejoras, y según la doctrina de Aguirre Vargas, tampoco al cónyuge aprovechan las deducciones a la porción conyugal.

Ejemplo: Hay solamente cinco hijos; no hay cónyuge. El acervo ilíquido es \$ 100,000; hay que transformarlo en líquido mediante las deducciones de las bajas generales del artículo 959, que son \$ 10,000. El causante ha hecho al primer hijo una donación revocable de \$ 5,000 y una donación irrevocable de \$ 5,000 al segundo hijo. Estas se agregan. Hechas las deducciones y agregaciones, se tiene el primer acervo imaginario, que suma \$ 100,000:

a. ilíq.	:	100,000
— b. g.	:	10,000
+ d. r. hijo 1.º	:	5,000
+ d. i. hijo 2.º	:	5,000
		100,000 (primer acervo imaginario)

Mitad legitimaria	:	50,000
Cuarta de mejoras	:	25,000 — <i>porque</i>
Cuarta de libre disposición	:	25,000

Las donaciones irrevocables no aprovechan a la cuarta de libre disposición, en conformidad al artículo 1,199. De modo que el hijo 2.º no puede aprovechar los 5,000 de su donación irrevocable. Entonces, a la cuarta de libre disposición hay que quitarle la cuarta parte de la donación irrevocable: 1,250, la cual se distribuye proporcionalmente entre la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras. Quedan:

Mitad legitimaria	:	50,000 + 833.33 = 50,833.33
Cuarta mejoras	:	25,000 + 416.67 = 25,416.67
Cuarta libre disp.	:	25,000 — 1,250.00 = 23,750.00

Hay que distribuir entre los cinco hijos la mitad legitimaria; da a cada uno 10,166, que se pagan:

Hijo 1.º	:	5,000 + 5,166	=	10,166
Hijo 2.º	:	5,000 + 5,166	=	10,166
Hijo 3.º				10,166
Hijo 4.º				10,166
Hijo 5.º				10,166

Los hijos 1.º y 2.º se han pagado con los 5,000 que les donó el causante, más 5,166 que reciben de su legítima.

Otro ejemplo: Los legitimarios no son descendientes legítimos. Hay dos abuelos y tres hijos naturales.

a. ilíq.	:	110,000
b. g.	:	20,000
d. r. abuelo 1.º	:	10,000
d. i. abuelo 2.º	:	20,000

120,000 (primer acervo imaginario)

Mitad legitimaria	:	60,000
Mitad libre disposición	:	60,000

El abuelo no puede aprovechar su donación irrevocable en la mitad de libre disposición, a virtud del artículo 1,199. Se quita de ésta y se agrega a la mitad legitimaria:

Mitad libre disposición	:	60,000 - 10,000 = 50,000
Mitad legitimaria	:	60,000 + 10,000 = 70,000

Hay que distribuir estos 70,000 de la mitad legitimaria. Llega el momento de aplicar las reglas de la sucesión intestada, porque los legitimarios de acuerdo con el artículo 1,183, concurren, son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada; y, en conformidad al artículo 989, concurriendo ascendientes e hijos naturales, se divide:

3/4 para los ascendientes	:	52,500
1/4 para los hijos naturales	:	17,500

Y a cada uno de los 2 abuelos corresponderá:	26,250
y a cada uno de los 3 hijos naturales:	5,833.33

Pero un abuelo recibió 10,000 por donación revocable, y otro recibió 20,000 por donación irrevocable. ¿Cómo se paga entonces a cada uno estos 26,250 que les corresponde?:

Abuelo 1.º : 10,000 (d. r.) + 16,250
 Abuelo 2.º : 20,000 (d. i.) + 6,250

Así se produce la equiparación de los legitimarios. De no ser por este acervo imaginario, saldrían beneficiados los abuelos, que recibirían su legítima y las donaciones que se les han hecho.

Finalmente, ahora concurre el cónyuge: 4 hijos y un cónyuge pobre, de pobreza absoluta y, por lo tanto, con derecho a porción conyugal íntegra:

a. líquido	:	90,000	
d. r. hijo A	:	10,000	
d. i. hijo B	:	10,000	
			110,000 (acervo imaginario)

Previamente se computa la porción conyugal. Para computarla no se acumulan las donaciones irrevocables, porque el artículo 1,199 dice que sólo aprovechan a los legitimarios y mejoreros.

Cómputo de la porción conyugal:

Acervo	:	100,000	
Mitad legitimaria	:	50,000	: 5 = 10,000
Porción conyugal	:	10,000	

Volvemos al acervo imaginario, que es 110,000.

Mitad legitimaria	:	55,000
Cuarta mejoras	:	27,500
Cuarta libre disposición	:	27,500

Retiramos de la cuarta de libre disposición la cuarta parte de las donaciones irrevocables, de la cual no puede aprovechar el hijo B. Son 2,500, que se distribuyen proporcionalmente entre la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras:

A la mitad legitimaria	:	1,666.66
A la cuarta de mejoras	:	833.33

Entonces queda:

$$\text{Mitad legitimaria : } 56,666.66 - 10,000 \text{ (p. c.)} = 46,666.66$$

La distribuimos entre los 4 hijos, correspondiendo a cada uno ⁵⁴⁰ 11,450; entonces los hijos se pagan:

Hijo A :	10,000 (d. r.)	+ 1,540	= 11,540
Hijo B :	10,000 (d. i.)	+ 1,540	= 11,540
Hijo C :			11,540
Hijo D :			11,540

Este ejemplo puede tener una variante: cuando haya lugar a porción conyugal complementaria. En tal caso, las deducciones de la porción conyugal, si hay descendientes legítimos, van a la parte de libre disposición, y si no los hay, al acervo líquido. Porque, aceptando la doctrina de Aguirre Vargas, no creemos que favorezcan a la porción conyugal las deducciones.

El segundo acervo imaginario.—Contemplado en los artículos 1,186 y 1,187. Se presenta cuando el causante ha hecho donaciones irrevocables a extraños y, por lo tanto, tiene por objeto defender a los legitimarios de ellas. En conformidad a ambos artículos, para que haya lugar a formarlos, se requieren las siguientes condiciones:

1) Que el causante tenga legitimarios al momento de hacer las donaciones. Porque el artículo 1,186 empieza diciendo: "Si el que tenía a la sazón legitimarios...", es decir, si el que tenía legitimarios al tiempo de hacer las donaciones. La ley ha sido bastante clara, de modo que si no existen legitimarios en dicho momento, no hay lugar a la formación del segundo acervo imaginario.

Algunos autores—Fabres entre ellos—creen que es necesario que sean unos mismos los legitimarios que existan al momento de hacerse las donaciones y al momento en que se abra la sucesión. Según otros, basta con que al momento de abrirse la sucesión existan legitimarios, aun cuando no sean los mismos que existieron cuando se hicieron las donaciones. Dentro del texto de la ley, esto es discutible. Pero parece preferible la segunda doctrina. Porque de aceptar la primera, se llegaría a muchas injusticias como, por ejemplo: El donante, al momento de hacer la donación, tiene un hijo legítimo; fallece, dejando después tres hijos legítimos. De aplicar la doctrina de Fabres, tendríamos que la formación del segundo acervo imaginario sólo va a favorecer al hijo mayor. Por eso concluimos que la segunda condición es que al momento de la apertura de la sucesión haya legitimarios, aun cuando

no sean los mismos que existieron al momento de hacer las donaciones. Y como dijimos, este segundo acervo imaginario no sólo beneficia a los legitimarios descendientes legítimos, sin también a todos los legitimarios.

3) Que las donaciones irrevocables que hizo el causante sean excesivas. No basta que el causante haya donado entre vivos a extraños; estas donaciones deben ser excesivas. Y el artículo 1,186 nos dice cuándo las donaciones son excesivas. Pueden presentarse muchos casos, que ilustraremos con ejemplos:

Primer caso: Acervo de 150. Para computar el segundo acervo imaginario puede partirse indistintamente del acervo líquido o del primer acervo imaginario. Se partirá del primer acervo imaginario cuando el causante había hecho donaciones irrevocables a legitimarios, porque en conformidad al artículo 1,185, hay lugar a formación del primer acervo imaginario. Las donaciones irrevocables hechas a extraños representan 50. Para ver si hay lugar a la formación del segundo acervo imaginario, se aplica la siguiente regla: se suman las donaciones al acervo, y se divide por 4; el resultado representa lo que el causante pudo donar:

$$\begin{array}{rcl}
 \text{acervo} & : & 150 \\
 \text{d. i. a extraños} & : & 50 \\
 \hline
 & & 200 : 4 = 50
 \end{array}$$

Estos 50 es lo que pudo donar el causante; y donó 50, esto es, donó una cantidad permitida: no hay lugar a la formación del segundo acervo imaginario.

Segundo caso:

$$\begin{array}{rcl}
 \text{acervo} & : & 100 \\
 \text{d. i.} & : & 60 \\
 \hline
 & & 160 : 4 = 40
 \end{array}$$

Estos 40 es lo que el causante pudo donar, y en realidad donó 60: Hay lugar a formar el segundo acervo imaginario. ¿Cómo se forma este acervo?: el exceso de lo donado (20) se agrega al acervo líquido o primero imaginario:

$$100 + 20 = 120 \text{ (2.º acervo imaginario)}$$

Mitad legitimaria	:	60
Cuarta de mejoras	:	30
Cuarta de libre disposición	:	30 — 20 = 10

El exceso de lo que el causante pudo donar (20) hay que sacarlo de alguna parte: se imputa a la cuarta de libre disposición. Es decir, se limita la facultad del testador para disponer de esta cuarta; y, en vez de disponer de los 30, sólo podrá disponer de 10.

Tercer caso:

acervo	:	120
exceso	:	40
<hr/>		
		160 (2.º acervo imaginario)

Mitad legitimaria	:	80
Cuarta de mejoras	:	40
Cuarta de libre disposición	:	40

El exceso es exactamente igual a la cuarta de libre disposición. En consecuencia, ésta es absorbida exactamente por dicho exceso, lo que significa que el testador en su testamento no puede disponer de nada para los legados.

Cuarto caso: Hasta este momento los donatarios no han sido afectados, porque han recibido la donación, gracias a que la cuarta de libre disposición lo ha permitido. Pero ahora las donaciones que ha hecho en exceso el causante no sólo afectan a la parte de libre disposición, sino que también van a afectar a la cuarta de mejoras.

acervo	:	120
d. i.	:	120
<hr/>		
		240 : 4 = 60

El causante pudo donar 60, y donó en realidad 120. Se forma el segundo acervo imaginario:

acervo	:	120
+ exceso	:	60
<hr/>		
		180

Mitad legitimaria	:	90
Cuarta de mejoras	:	45
Cuarta de libre disposición	:	45

El exceso de los 60 entra a cubrirse con la cuarta de libre disposición, que sólo es de 45. Queda un resto de 15, que, como no puede pagarse en esta cuarta, va a afectar a la cuarta de mejoras. Entonces los que salen en definitiva perjudicados son los donatarios, porque en conformidad al artículo 1,187 tienen los asignatarios de la cuarta de mejoras acción de restitución contra los donatarios, empezando en el orden inverso a las fechas de las donaciones; es decir, por las más nuevas primero. Por ejemplo: el testador fallece en diciembre, y en octubre había donado 15. a un amigo y otros 15 a otro amigo en julio: el asignatario de la parte de mejoras se dirige contra el donatario de octubre.

Agrega el artículo 1,187 que la insolvencia de un donatario no grava a los otros.

Quinto caso: Las donaciones excesivas hechas por el causante no sólo afectan a la cuarta de mejoras, sino que aun van a afectar a la mitad legitimaria:

acervo	:	120
d. i.	:	220
—		
	:	340 : 4 = 85

El causante pudo donar 85, y donó en realidad 220. Hay un exceso de 135. Se forma el segundo acervo imaginario:

$$120 + 135 = 255 \text{ (2.º acervo imaginario)}$$

Mitad legitimaria	:	127,5
Cuarta de mejoras	:	63,75
Cuarta de libre disposición	:	63,75

El exceso de los 135 absorbe íntegramente las cuartas de mejoras y de libre disposición; afecta entonces a la mitad legitimaria. Pero los legitimarios tienen acción de restitución contra los donatarios en la forma que indica el artículo 1,187.

El legislador no determinó el plazo de prescripción de esta acción. Aplicando los principios generales de los artículos 2,514 y 2,515, tendría el plazo de 10 años, que se contaría desde el fallecimiento del causante.

En resumen, en la computación del segundo acervo imaginario, los legitimarios tienen dos medios de defensa:

- 1) La acumulación del exceso que dona el testador;
- 2) No tan sólo esta acumulación imaginaria, sino llegar incluso a pedir la restitución de las cosas donadas, cuando el exceso menoscabe la cuarta de mejoras o la mitad legitimaria.

Ejemplo en el cual computamos la porción conyugal complementaria, el primer y el segundo acervo imaginario:

Un abuelo, un hijo natural y cónyuge 5,000

a. ilíquido	:	100,000
b. g. de 1 a 4	:	10,000
d. r. abuelo	:	10,000
d. i. hijo nat.	:	10,000
d. i. extraños	:	60,000
cónyuge tiene	:	5,000

Se computa la porción conyugal; al acervo ilíquido se quitan las bajas generales y se le agregan las donaciones revocables (no las irrevocables). Quedan 100,000. La porción conyugal es 25,000, pero como el cónyuge tiene \$ 5,000, se imputan, y el acervo líquido queda en 80,000 (conforme doctrina Aguirre Vargas).

$$\begin{aligned} \text{p. c.} & : 20,000 + 5,000 \\ \text{a. líquido} & : 80,000 (100,000 - 20,000/\text{p. c.}) \end{aligned}$$

Se computa el primer acervo imaginario: se agregan al acervo líquido las donaciones irrevocables:

$$\begin{array}{r} 80 \\ + 10 \text{ (d. i.)} \\ \hline 90,000 \text{ (primer acervo imaginario)} \end{array}$$

Para computar el segundo acervo imaginario, se agregan las donaciones a extraños:

$$\begin{array}{r} 90 \\ + 60 \\ \hline 150,000 : 4 = 37,500 \end{array}$$

37,500 es lo que pudo donar el testador; en realidad donó 60,000: hay un exceso de 22,500.

Para obtener el segundo acervo imaginario, se agrega el exceso al primer acervo imaginario:

$$\begin{array}{r} 90,000 \\ + 22,500 \\ \hline 112,500 \text{ (segundo acervo imaginario)} \end{array}$$

Si no hubieran existido donaciones a legitimarios, los 90 en vez de ser primer acervo imaginario, podrían ser acervo líquido.

$$\begin{array}{ll} \text{Mitad legitimaria} & : 56,250 \\ \text{Mitad libre disposición} & : 56,250 \end{array}$$

La donación irrevocable al hijo natural sólo puede beneficiar a la mitad legitimaria en este caso, a virtud del artículo 1,199; por eso hay que quitarle 5,000 a la parte de libre disposición, y agregarlo a la mitad legitimaria:

$$\begin{array}{ll} \text{Mitad legitimaria} & : 56,250 + 5,000 = 61,250 \\ \text{Mitad libre disposición} & : 56,250 - 5,000 = 51,250 \end{array}$$

Hay que dividir la mitad legitimaria entre los legitimarios: corresponden $\frac{3}{4}$ para el abuelo y $\frac{1}{4}$ para el hijo natural. Y resulta:

$$\begin{array}{ll} \text{abuelo} & : 45,937.50 \\ \text{hijo natural} & : 15,312.50 \end{array}$$

Se pagan:

$$\begin{array}{ll} \text{abuelo} & : 35,937.50 + 10,000 \text{ (donación)} \\ \text{hijo natural} & : 5,312.50 + 10,000 \text{ (donación)} \end{array}$$

El cónyuge recibe sus 25,000 así:

$$20,000 + 5,000 \text{ (bienes propios)}$$

Cómo se pagan las legítimas. Imputaciones.—En conformidad al artículo 1,198, hay que imputar a las legítimas todo aquello que el testador

le ha dejado a un legitimario, en herencia o legado y también las donaciones revocables e irrevocables. Y del artículo 1,185 se desprende que las donaciones se acumulan o imputan según el valor que hubieren tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega.

En seguida, también se imputan a la legítima, en conformidad al artículo 1,203, los desembolsos que el causante haya hecho para pagar las deudas de un legitimario descendiente legítimo, siempre que el pago haya sido útil, y se entiende que lo es cuando extingue la deuda.

De acuerdo con el artículo 1,202, nunca una donación hecha a un legitimario se imputa a la legítima de otro, salvo el caso del artículo 1,200, inciso 3.º; caso excepcional que es el siguiente: Puede acontecer que un legitimario no lleve todo o parte de su legítima por incapacidad u otra causa; si este legitimario ha dejado descendientes legítimos, hay lugar a la representación: pasan sus descendientes a representarlo y se dividen por estirpe su cuota. Pero a este legitimario que no lleva su legítima se le ha hecho una donación por el causante: esta donación se imputa a la legítima de los descendientes que va a la herencia en representación. Regla lógica, porque los representantes pasan a ocupar el lugar del representado; y si al representado se tenía que imputar su donación, es lógico que se impute a los representantes.

En seguida, el artículo 1,200 se pone en el caso de algunas donaciones ^{o irrevocables} ~~revocables~~ que pueden hacerse a los legitimarios. Porque puede acontecer que se haga una donación a una persona a cargo de su legítima, sin que sea legitimario en ese momento. Si con posterioridad no adquiere la calidad de legitimario, se resuelve la donación. Se puede decir que adquiere los bienes bajo la condición suspensiva de que llegue a ser legitimario, y si no es así, falla la condición, y se extingue la mera expectativa que tenía de adquirir las cosas donadas.

Puede acontecer el caso contrario, que también contempla el artículo 1,200: se hace la donación a una persona que tiene el carácter de legitimario y que posteriormente lo pierde por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación: en este caso, se resuelve la donación, porque la adquirió bajo la condición resolutoria de conservar su calidad de legitimario al tiempo del fallecimiento del testador.

Qué sumas y donaciones no se imputan a las legítimas:

1) En conformidad al artículo 1,198, las donaciones y asignaciones que hubiere hecho el testador con cargo a la parte de mejoras. El testador puede hacer una donación al legitimario manifestando que se la imputa a la cuarta de mejoras. Pero esta declaración, que no se presume, debe hacerse en el acto testamentario, en la respectiva escritura pública de donación o en otro instrumentos auténtico (público).

2) Lo que el causante hubiere pagado por una deuda del descendiente legítimo cuando expresamente hubiere dicho que se imputa a la cuarta de mejoras (inciso 2.º, artículo 1,203).

3) Los gastos de educación del descendiente legítimo, en conformidad al artículo 1,198, inciso 2.º

4) Los regalos hechos al legitimario descendiente legítimo con ocasión de su matrimonio, en conformidad al inciso 3.º del artículo 1,198.

5) Los regalos que se acostumbran hacer para ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor, en conformidad al artículo 1,188.

6) En conformidad al artículo 1,205, los frutos de las cosas donadas.

Se imputan las cosas, pero no los frutos.

V. n.º 6. p. 237 de la Nueva L. (11)
 X Reglas para efectuar el pago de las legítimas.—Para efectuar el pago de las legítimas, hay diversas reglas para diversos casos que se pueden presentar:

En primer término, la regla del artículo 1,189, cuya redacción no permite comprender fácilmente el pensamiento del legislador:

“Si la suma de lo que se ha dado en razón de legítimas no alcanzare a la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes con preferencia a toda otra inversión”.

Parece que el legislador se ha colocado en el caso que no haya descendientes legítimos y, por lo tanto, que la herencia se divida en dos partes: mitad legitimaria y mitad de libre disposición. Y establece que si lo que se ha donado ~~excede~~ a la mitad legitimaria, el resto se saca de la otra parte, de la de libre disposición. Parece que se ha referido al caso que no haya descendientes legítimos, porque en el artículo 1,193 se pone precisamente en el caso que los haya, y dice que si lo donado excede a la mitad legitimaria, el exceso se imputa a la cuarta de mejoras. Así, si al legitimario correspondían 20 por su legítima y el testador le había donado 30, se imputan 20 a su legítima y los 10 restantes a la cuarta de mejoras. Entonces, como el artículo 1,193 se colocó en el caso que haya descendientes legítimos y cuarta de mejoras, parece lógico pensar que el artículo 1,189 se ha puesto en el caso contrario: cuando no los hay.

De modo que la segunda regla es la contemplada en el artículo 1,193, según el cual, cuando hay descendientes legítimos, si lo donado excede a la mitad legitimaria, el exceso se imputa a la cuarta de mejoras. Y agrega que esto se entiende “sin perjuicio” de dividirse la cuarta de mejoras por partes iguales entre los legitimarios”. Veamos en un ejemplo qué significa esta última frase:

acervo	:	100
mitad legitimaria	:	50
Cuarta de mejoras	:	25
Cuarta libre disp.	:	25

Hay dos hijos. Al hijo A. se le han donado 30. Por su legítima le corresponden 25. Se les respetan los 30 que le ha dado el testador y se le computan: 25 por su legítima, más los 5 restantes, que se sacan de la cuarta de mejoras. Entonces ésta, con estos 5 menos, queda reducida a 20 ($25 - 5 = 20$). Ahora, el "sin perjuicio de..." significa que estos 20 se dividirán: 10 para el hijo A. y 10 para el hijo B. Porque respecto de esa parte de la cuarta de mejoras nada dijo el testador, y aplicamos las reglas generales, según las cuales debe acrecer por mitades a los hijos. Sale beneficiado el hijo, porque el testador quiso beneficiarlo.

Puede presentarse un tercer caso, contemplado en el artículo 1,194. Puede resultar que lo donado al legitimario no sólo exceda a su legítima, sino también a la parte de mejoras. El artículo 1,194 dice que la parte de mejoras, incluso el exceso de que hablamos, se imputa a la cuarta de libre disposición, con preferencia a toda otra disposición del testador. Esto es, lo primero que se hace en ella es pagar el resto que no ha cabido en la mitad legitimaria y cuarta de mejoras.

Y, finalmente, puede presentarse el caso extremo de que lo que se ha donado o asignado a título de legítima o mejora exceda aún a la cuarta de libre disposición: el artículo 1,196 dice que se rebajarán unas y otras (legítimas y mejoras) proporcionalmente. (a prorrata).

De todo lo dicho se desprende que a un legitimario, con motivo de las donaciones que le ha hecho el donante, pueden presentarse dos casos: X

a) Que lo que le ha donado el testador sea inferior a lo que le corresponde por su legítima. Según el artículo 1,206, inciso 1.º, tiene derecho el legitimario a que los demás copartícipes en la herencia le enteren en dinero la suma que falta para completar su legítima. Por ejemplo, a Pedro hizo el testador donación de 30, y tiene una legítima de 40: puede exigir que le completen los 10. Pero no puede obligar a que se le devuelvan los bienes ya imputados;

b) Que lo donado por el testador excediere a lo que le corresponde por su legítima. Según el artículo 1,206, inciso 2.º, está obligado a restituir a los demás el exceso de lo recibido. Hay aquí una regla muy particular, porque el legitimario tiene un derecho alternativo: o bien devuelve el exceso restituyendo las especies que se le habían donado, o bien devuelve el valor de ellas. Hay un verdadero caso de dación en pago. Por ejemplo, tiene derecho a 50, y recibe 60; tiene que devolver 10, en dinero o en una especie de ese valor que le había donado el causante.

Puede acontecer que el bien donado haya aumentado de valor. Las donaciones se toman en consideración en cuanto al monto que tenían a la entrega. Si costaban 10 cuando se la entregaron y valían 20 al tiempo de de-

volverlas, tiene derecho el legitimario a exigir la debida compensación (artículo 1,206). Aplicación de ese principio según el cual las donaciones, para el efecto de los acervos imaginarios, se regulan por su valor al tiempo de la entrega.

[índice](#)

LA CUARTA DE MEJORAS

Concepto.—Puede definirse como asignación forzosa en favor de los descendientes legítimos, que a su arbitrio el testador designe, sean o no legitimarios (artículo 1,167, N.º 4.º, y artículo 1,184, inciso final).

Está contemplada en el N.º 4.º del artículo 1,167; también se refieren a ella los artículos 1,184 y 1,195. Según se desprende de los artículos 1,184 y 1,195, la cuarta de mejoras sólo puede destinarse por el testador para beneficiar a los descendientes legítimos, sean o no legitimarios. Es precisamente en virtud de ella—que tiene lugar cuando hay descendientes legítimos en la sucesión—que la herencia se divide en cuatro partes: la mitad legitimaria, ella y la cuarta de libre disposición. Pero cuando no hay descendientes legítimos, como no hay lugar a la cuarta de mejoras, la herencia se divide en dos partes: la mitad legitimaria y la mitad de libre disposición. La cuarta de mejoras no fué obra de Bello, sino que fué introducida por la Comisión Revisora, con el propósito que hemos indicado.

Características.—1) La cuarta de mejoras supone la existencia de descendientes legítimos, a los cuales únicamente puede dejarse, sean o no legitimarios. Es una idea que hay que tener muy presente. Explicamos: una persona tiene hijos y nietos; el hijo es legitimario, pero no el nieto; tampoco lo es el biznieto. Pero el testador puede dejar a cualquiera de los tres la cuarta de mejoras. Y puede dejarla a los nietos y biznietos, porque la única condición que exige la ley es que la deje a descendientes legítimos; no exige que sean legitimarios.

La cuarta de mejoras permite cierta latitud a los deseos del testador, por que mediante ella puede premiar a los descendientes que considere acreedores a su gratitud, sin llegar al desheredamiento de los otros y castigándolos así en forma indirecta. Además, podría acontecer que entre los diversos descendientes del causante, mientras algunos están en condiciones económicas satisfactorias, otros no dispongan de medios de fortuna: la cuarta de mejoras permite al testador favorecer a estos últimos.

2) Las asignaciones en la cuarta de mejoras no se presumen. Se concluye así de los artículos 1,198 y 1,203, que contempla el caso de las donaciones hechas a los legitimarios y el pago de las deudas de los legitimarios

descendientes legítimos, y que establecen que se imputan a la legítima de éstos, salvo que el testador hubiere dicho que se imputen a la cuarta de mejoras.

Pero hay un caso excepcional, en el cual se presume una mejora, contemplado en el artículo 1,193: cuando las donaciones o asignaciones a título de legítimas exceden a la mitad legitimaria, se imputan a la cuarta de mejoras. De esta segunda característica se saca la tercera:

3) Si la cuarta de mejoras requiere de una manifestación de voluntad del testador, sólo procede en la sucesión testamentaria. No se puede hablar de asignaciones en la cuarta de mejoras dentro de la sucesión intestada. Y como tiene lugar cuando el testador hace la disposición testamentaria, resulta que no le es aplicable la regla del artículo 1,183, según el cual los legitimarios son excluidos y representados conforme a las reglas de la sucesión intestada. El artículo 1,183 se refiere a las legítimas, pero no a las mejoras. Y no hay lugar a la representación.

4) El artículo 1,192 dice que en la legítima el testador no puede imponer condición, plazo, modo o gravamen ninguno, salvo la excepción de la ley 4,827. En el caso de las mejoras, en conformidad al artículo 1,195, se puede imponer un gravamen, siempre que sea a beneficio de los otros descendientes legítimos. Por ejemplo, puede decir: "Dejo a mi nieto Pedro la cuarta de mejoras con la condición de que dé a su hermano una pensión de 100". Perfectamente lícito. El gravamen se ha impuesto a favor de otro descendiente. Pero no sería posible: "Dejo a mi nieto 400 de la cuarta de mejoras con la condición que funde un hospital". De lo contrario, se llegaría a desvirtuar la cuarta de mejoras.

De modo que, en definitiva, la cuarta de mejoras admite dos condiciones o gravámenes:

- a) La de la ley 4,827, esto es, la administración por parte de un Banco, cuando el asignatario es un incapaz; y
- b) La del artículo 1,195.

5) En conformidad al artículo 1,463, los pactos sobre sucesión futura son nulos de nulidad absoluta, porque adolecen de objeto ilícito. El artículo 1,204 establece una excepción a este artículo, y dice:

"Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos, a un descendiente legítimo, que a la sazón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniera a su promesa, el dicho descendiente legítimo tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara.

"Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor".

6) También es una asignación forzosa. Como tal, la ley la protege. En qué forma:

a) Favoreciendo a los beneficiados con la formación de los acervos imaginarios, porque los artículos 1,185 y 1,186 dicen expresamente: "Para computar las cuartas..."

b) Dando a los descendientes legítimos burlados la acción de reforma del testamento, conforme al artículo 1,220; y tendrán esta acción cuando el testador dejare la cuarta de mejoras a persona que no sea descendiente legítimo.

[índice](#)

EL DESHEREDAMIENTO

Requisitos, objeto y efectos.—Está tratado en el párrafo IV del título V. El artículo 1,207 dice que "es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima". Porque el rígido sistema de la no libertad de testar debía tener alguna válvula de escape para el testador. No era posible que el testador se viera obligado a dejar la legítima a quien, por su comportamiento, no se la merecía. Para eso se crea la institución del desheredamiento, que tiene por objeto privar de su legítima a tal asignatario.

Del artículo 1,207 se desprenden dos hechos:

- a) Que el desheredamiento sólo puede hacerse en un testamento; no podría hacerse por escritura pública; y
- b) Que el desheredamiento puede ser total o parcial: "del todo o parte".

Pero el testador no tiene absoluta libertad para desheredar. Si la tuviere, el título "De las asignaciones forzosas" pasaría a ser letra muerta. Por eso, para que sea válido, se requieren cuatro condiciones:

- 1) Que haya una cláusula testamentaria;
- 2) Que haya causa legal para desheredar;
- 3) Que se señale específicamente la causal por la cual se procede al desheredamiento;
- 4) Que en vida del testador o después de su fallecimiento se pruebe la efectividad de la causal.

Las causas legales están contempladas en el artículo 1,208, cuya enumeración es taxativa, por el hecho de considerar penas. Las tres primeras causales que contempla son exactamente iguales a las causales 2, 3 y 4 del artículo 968, que se refiere a las indignidades. Son:

- 1) Por haber cometido injuria grave en contra de la persona, honor o bienes del testador, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos. Es igual a la causal 2 del artículo 968;

Requisitos del válido

2) Por no haber socorrido, pudiendo, al testador cuando estuvo en estado de demencia o destitución. Es igual a la causal 3;

3) Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar. Es igual a la causal 4;

4) Siendo menor de edad ~~y aun habilitado de edad~~, por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente o de la justicia en subsidio (artículo 114). Cuando el ascendiente muere abintestato, el menor pierde la mitad de su legítima. Y en conformidad a este mismo artículo 114, el desheredamiento no sólo puede hacerse por el ascendiente llamado a prestar el consentimiento, sino por cualquier otro ascendiente. Por ejemplo, el padre es el llamado a darlo; el abuelo puede desheredarlo;

5) Por haber sido condenado a las penas que establece el artículo 267, N.º 4.º; referencia que debe entenderse al N.º 7.º de dicho artículo, a virtud de la nueva redacción dada a este artículo por la ley 5,521;

6) Por haberse dedicado al vicio o al ejercicio de granjerías infames (tener actividades poco honestas, como trata de blancas, regentar un lenocinio, coimar en las oficinas públicas); "a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado".

Los descendientes pueden ser desheredados por cualquiera de estas causas; pero los ascendientes únicamente por las tres primeras de ellas (inciso final del artículo 1,208).

En conformidad al artículo 1,209, es necesario que el testador especifique claramente la causal en el testamento. No se exige el conocimiento de la ley, sino que diga simplemente, por ejemplo, que deshereda a Pedro porque atentó contra su vida o es morfinómano.

Se requiere que se pruebe la efectividad de la causal, ya sea en vida del testador o después de su muerte. De lo contrario, sería muy fácil desheredar, con simples calumnias. Excepcionalmente, como dice el artículo 1,209, no se requiere la prueba cuando el legitimario dejare pasar cuatro años desde la apertura de la sucesión sin reclamar su legítima, o cuatro años desde que cesare la incapacidad de administrar, si fuera incapaz. Esta disposición tiene estrecha relación con el plazo de prescripción de cuatro años que tiene la acción de reforma del testamento, de la cual goza el legitimario que ha sido privado de su legítima. El legislador ha sido lógico en no exigir la prueba cuando pasan cuatros años, porque además ya prescribió la acción para exigir la reforma del testamento.

El artículo 1,210 señala los efectos del desheredamiento. Quedan subordinados a la voluntad del testador; dirá si priva total o parcialmente, si afecta a las donaciones hechas. En su silencio, se le priva al asignatario de toda asignación, de su legítima y de toda donación; sólo se le deja el derecho a alimentos necesarios, y todavía se le priva de ellos en los casos de injuria

atroz. No dice el legislador cuándo hay injuria atroz; pero, armonizando diversas disposiciones, se concluye que son casos de injuria atroz los cuatro casos del artículo 968 (los tres primeros del desheredamiento). De modo que si se deshereda por la causal 1.ª del 1,208, también se priva de alimentos. Pero si se deshereda por granjería infame, no se priva de alimentos.

El artículo 1,121 habla de la forma de revocar el desheredamiento. Se revoca como todas las disposiciones testamentarias, en su misma forma, y que los artículos 1,212 y siguientes indican. Es lógico, porque el desheredamiento es una disposición testamentaria. Por lo mismo, el desheredado no podrá alegar que intervino perdón privado, porque éste no constituye revocación del testamento. El propio artículo 1,211 dice: "pero no se entenderá revocado tácitamente por haber intervenido reconciliación".

[índice](#)

CAPITULO III

LA REVOCACION Y REFORMA DEL TESTAMENTO

Un testamento puede dejar de producir efectos por diversas razones:

En primer término, porque los asignatarios nombrados en él no aceptan la asignación, sino la repudian, o porque se hacen incapaces o indignos de suceder. En conformidad al artículo 980, se aplican las reglas de la sucesión intestada.

En segundo lugar, cuando adolece de algún vicio de nulidad, cuando es nulo, en conformidad al artículo 1,026.

En tercer lugar, en conformidad al artículo 1,025, si tratándose del testamento cerrado el testador rompe, por ejemplo, el sobre en que se contiene o los sellos o marcas con que está lacrado.

En cuarto lugar, tratándose de los testamentos privilegiados, hay un medio que les es propio: su caducidad, a la cual se refiere el inciso 2.º del artículo 1,212. Como, por ejemplo, cuando el testamento verbal no es puesto por escrito dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento del causante.

Fuera de estas formas, hay otras dos, que son justamente la materia del título VI del libro III: la revocación y la reforma del testamento.

LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

Generalidades.—El artículo 1,212 dice que un testamento otorgado válidamente puede invalidarse mediante su revocación. Y, como sabemos, la facultad que tiene el testador de revocar el testamento es una facultad de la esencia de este acto jurídico, contemplada en la misma definición del artículo 999. En seguida, dada la importancia que tiene la revocación, el artículo 1,001 declara nula y de ningún valor cualquiera estipulación que tienda a que el testador renuncie a su facultad de revocar el testamento.

La revocación debe hacerse por un testamento posterior, en virtud del principio que dice que en Derecho las cosas se deshacen como se hacen. El legislador expresamente no lo ha manifestado. Sin embargo, con sólo leer los artículos 1,212 a 1,215 se puede dar cuenta que el legislador discurre sobre la

base que el testamento se revoque mediante otro testamento. Empero, ha habido jurisprudencia contradictoria sobre si un testamento puede revocarse en una escritura pública. A nosotros nos parece que no es posible, porque del articulado de este párrafo se desprende que sólo es posible mediante otro testamento. La revocación en una simple escritura pública sería nula.

Estas reglas de la revocación del testamento se aplican no sólo cuando se trata de un testamento, sino también de cualquiera donación por causa de muerte, las cuales son esencialmente revocables. En este caso, el artículo 1,145 dice precisamente que la donación revocable se revoca según las reglas dadas para las herencias y legados.

En seguida, las mismas reglas se aplican a la revocación del desheredamiento, porque lo dice expresamente el artículo 1,211. El desheredamiento no se entiende revocado por el mero hecho de la reconciliación entre legítimo y causante, dice la disposición citada. Es necesario que se otorgue otro testamento. Consecuencia lógica, si se considera que el desheredamiento no es sino una cláusula testamentaria. *¿Hay que ser si aplica a...*

En resumen, las reglas de la revocación del testamento se aplican: al testamento en sí mismo, a las donaciones por causa de muerte y al desheredamiento.

Sólo pueden revocarse en el testamento las disposiciones testamentarias, pero no las declaraciones contenidas en el testamento. En el testamento deben distinguirse las declaraciones de las disposiciones testamentarias. Lo que el artículo 999 declara revocables son las disposiciones, pero no las declaraciones. Esta diferencia, ya insinuada en el artículo 999, entre disposiciones y declaraciones testamentarias, aparece hecha en forma clara en el N.º 3.º del artículo 1,038, que trata de los diversos puntos de que deben deponer los testigos de un testamento, y dice: "3.º Sus declaraciones y disposiciones testamentarias". Por eso decíamos que, según nuestra opinión, el reconocimiento de un hijo natural no caduca por el hecho de revocarse el testamento en que constaba.

Un testamento de una clase puede revocarse por otro de diversa clase.—Con expresamente lo establece el artículo 1,213, la única exigencia para la revocación del testamento es que ella se efectúe mediante otro testamento. Pero no hay inconveniente para que un testamento solemne se revoque mediante un testamento privilegiado. Aun más, el artículo 1,213 lo permite expresamente. Un testamento abierto o cerrado puede revocarse por un testamento privilegiado. La ley lo dijo expresamente para evitar las dificultades que podían presentarse.

Con mayor razón puede revocarse un testamento cerrado por uno abierto

y viceversa. Y un testamento otorgado en país extranjero por un testamento otorgado en Chile.

De modo que un testamento solemne puede revocarse mediante un testamento privilegiado. Pero, como sabemos, los testamentos privilegiados caducan. Y en el caso que un testamento privilegiado, en el cual se revoca un testamento anterior, caducare, también caduca conjuntamente la revocación, y se entiende subsistir el testamento anterior. Lo dice el artículo 1,213. Cesando la causa, cesa el efecto.

El artículo 1,214 soluciona un caso que podría prestarse a dudas: la revocación de un testamento que a su vez revocaba un testamento anterior; y dice que no se entiende revivir el testamento primitivamente otorgado. Una persona otorga un testamento en 1934; un segundo testamento en 1935, revocando el de 1934; y un tercer testamento en 1936, revocando el de 1935. Lo que dice el artículo 1,214 es que, por el hecho de que el testamento de 1936 revoque al de 1935, no revive el testamento otorgado en 1934. Salvo que el testador manifieste expresamente voluntad contraria. Si dice que revoca el testamento otorgado en 1935, pero que queda en pleno vigor el de 1934, sería perfectamente posible, porque la voluntad del testador es omnipotente. Acontece algo exactamente igual a lo que veíamos en la derogación de las leyes: por el hecho de derogarse una ley que derogaba otra anterior, no revivía ésta.

Clases de revocación.—1) En conformidad al inciso final del artículo 1,212, la revocación puede ser total o parcial. Total, cuando se revoca íntegramente el testamento; parcial, cuando sólo afecta a determinadas cláusulas testamentarias.

2) Del artículo 1,215 se desprende que puede ser expresa o tácita. Expresa, cuando se dice formalmente: "Revoco todo testamento anterior otorgado antes que el presente". Y se entenderá que un testamento posterior revoca tácitamente al anterior en todo lo que sean contradictorios, en lo que no puedan subsistir ambos. Lo mismo que en la derogación de las leyes, que puede ser expresa o tácita. De donde se desprende que, por regla general, la revocación tácita es parcial; es difícil un caso de revocación tácita total. Naturalmente que determinar si un testamento posterior revoca tácitamente al anterior es cuestión de hecho, sobre la cual son soberanos los tribunales de fondo.

Cabe formularse la siguiente pregunta: si un testamento posterior en que se revoca tácitamente uno otorgado antes no produce efectos porque sus disposiciones no tienen lugar (porque los asignatarios no aceptan la asignación o porque son incapaces o indignos), ¿se entenderá que por este hecho revive el anterior? Parece evidente la negativa. Circunstancias poste-

rios no pueden tener a virtud de hacer revivir las disposiciones de un testamento revocado. Distinta es la situación en el caso que el testamento revocante sea declarado nulo; entonces revive el revocado, ya que a virtud de la nulidad se entiende que el revocante no ha existido nunca.

Hay que recordar que los legados tienen reglas propias en cuanto a la revocación; que, sin perjuicio de revocarse ellos mediante una disposición testamentaria, pueden revocarse por otras reglas que le son propias. Por ejemplo, en conformidad al artículo 1,135, se entiende revocado un legado cuando, con posterioridad al legado, el testador enajena la cosa legada. En seguida, también se entiende revocado cuando perece la cosa legada. Además, cuando el testador modifica substancialmente la cosa legada, (20 metros de casimir transformados en ternos). A estos casos hay que agregar la revocación del legado de condonación: se entiende éste revocado cuando, no obstante perdonarse la deuda en el testamento, el testador exige el pago al legatario o se lo recibe. Y, finalmente, también se entiende revocado tácitamente el legado de crédito, cuando, no obstante el legado, el testador cobra el crédito o recibe su pago.

LA ACCIÓN DE REFORMA DEL TESTAMENTO

Concepto.—Está contemplada en el párrafo 2 de este título VI. Nos hemos referido a ella cada vez que hemos hablado de los medios que ha tenido que dar el legislador a los asignatarios para la defensa de sus legítimas. Entre éstos hemos estudiado la formación de los acervos imaginarios. Ahora toca estudiar este otro medio, el más eficaz de todos.

Puede decirse que la acción de reforma del testamento es aquella que pertenece a los legítimarios o cónyuge o a los herederos de éstos para reclamar su legítima o la porción conyugal, en su caso, cuando no fueren respetadas por el testador.

Características.—1) Es una acción personal que se va a dirigir contra aquél heredero que ha sido instituido por el testador con violación de la legítima o la porción conyugal. Hay en esto una notable diferencia con la acción de petición de herencia; porque esta última es real, y se dirige contra cualquiera persona que, invocando título de heredero, esté poseyendo la herencia. Pero, naturalmente, no hay inconveniente para que una misma persona sea titular de ambas acciones: de la de reforma para pedir que se respete su legítima, y la de petición de herencia para dirigirse contra el falso heredero que posee la herencia.

2) Es una acción patrimonial, que está en el comercio-jurídico. De este carácter se deducen varias consecuencias, que son otras características:

a) Puede renunciarse; y la renuncia puede ser expresa o tácita. No hay inconveniente para que un legitimario a quien no se respeta su legítima consienta en aceptar el testamento y partirse conforme a sus reglas.

b) Puede transferirse. No vemos inconveniente para que, si una persona cede sus derechos hereditarios, pueda el cesionario invocar la acción de reforma del testamento. Un legitimario cede a un tercero sus derechos hereditarios; al legitimario se perjudicó su legítima en el testamento; no se ve inconveniente para que el cesionario invoque la acción de reforma del testamento.

c) Es transmisible, pasa a los herederos del cónyuge o legitimario. Por eso la definíamos diciendo que corresponde a... "o a los herederos de éstos". Por lo demás, lo dice expresamente el artículo 1,216.

d) Es prescriptible, y, en conformidad al artículo 1,216, prescribe en cuatro años, contados desde que el legitimario tiene conocimiento de la existencia del testamento y de su calidad de legitimario. Pero agrega que si el legitimario no tiene la administración de sus bienes, se contará el plazo desde que la tome. Lo que significa que esta prescripción se suspende a favor del heredero incapaz. Y con ello hace excepción al artículo 2,524 que, al establecer las prescripciones especiales, dice que corren contra toda persona.

El artículo 1,216 también concuerda en esta parte con el artículo 1,209, en conformidad al cual no hay obligación de probar la efectividad de los hechos por los cuales se deshereda a un legitimario, cuando éste no reclama su legítima dentro del plazo de cuatro años. No hay necesidad de probar porque, en conformidad al artículo 1,216, ha prescrito la acción de reforma del testamento.

¿Qué objetivos persigue la acción de reforma del testamento?—Como su nombre lo indica, tiene por objeto pedir que se modifique el testamento en la parte que viole las legítimas, la cuarta de mejoras o la porción conyugal. Por eso podrán invocarla el legitimario o el cónyuge que han sido lesionados en su legítima o porción conyugal.

La Corte Suprema resolvió, en sentencia de 9 de abril de 1919 ("Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 17, sección I, página 67), que no es menester que un legitimario pruebe en un juicio aparte, su calidad de tal, y después entable en juicio distinto la acción de reforma, sino que es perfectamente posible que dentro del mismo juicio se pruebe el carácter de legitimario y se entable la acción de reforma.

Preterición.—Puede acontecer que a un legitimario no se perjudique en su legítima en el testamento, sino que nada dice el testador. Por ejemplo, tiene dos hijos y dice: "Dejo mis bienes a Pedro". A Juan ni siquiera lo

nombra. El pasar en silencio a un legitimario, en conformidad al artículo 1,218, quiere decir que el testador lo instituye heredero en su legítima. Es lo que se llama "la preterición", que es la no mención en el testamento de un legitimario.

La Corte Suprema ha resuelto que el legitimario preterido—aquél que es pasado en silencio en el testamento—para reclamar su legítima no se rige por la prescripción de cuatro años que establece el artículo 1,216, sino que tendría una acción ordinaria de ~~veinte~~ años (8 de noviembre de 1906, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 4, sección I, página 10). X

El preterido, cuando concurre con otros legitimarios, sólo puede reclamar mediante su acción de preterición la legítima rigorosa que le corresponde. El testador tiene dos hijos. Dice en el testamento: "Dejo todos mis bienes a Pedro". Juan ha sido preterido. ¿Qué puede reclamar Juan mediante su acción en este caso? No puede reclamar la mitad de la herencia, sino sólo su legítima rigorosa, esto es, la cuarta parte de la herencia. En tanto que Pedro se lleva la legítima efectiva. Claro que si el testador tiene un solo hijo y dice que deja heredero universal a su amigo Antonio, Juan, mediante su acción de preterición, puede reclamar tres cuartos de la herencia; la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, porque era único descendiente legítimo, y el testamento subsistiría en la parte restante. El caso expuesto fué fallado expresamente: sentencia de 20 de mayo de 1920, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 19, sección I, página 12.

En conformidad al artículo 1,217, mediante la acción de reforma el legitimario pide la legítima rigorosa o la efectiva en su caso. Por ejemplo, el testador se limita a dejarle un legado a uno de los hijos y en el resto instituye heredero universal a un extraño. Mediante la acción de reforma, el legitimario reclamaría la legítima efectiva: la mitad legitimaria más la cuarta de mejoras. Por el contrario, si deja todos sus bienes a Pedro y a Juan un legado de 10, sólo se puede reclamar mediante la acción de reforma de la legítima rigorosa.

También puede reclamarse mediante la acción de reforma de la cuarta de mejoras.—Lo dice el artículo 1,220. Se reclamará cuando el testador, no obstante tener legitimarios descendientes legítimos, deja a extraños la cuarta de mejoras. El testador tiene dos hijos y dice: "Dejo la mitad legitimaria por iguales partes a mis hijos, la cuarta parte de mis bienes a mi amigo Juan y la otra cuarta a mi amigo José". El testador está obligado a dejar la cuarta de mejoras a los hijos, y contra ella irá encaminada la acción de reforma.

Quiénes tienen la acción de reforma.—Vimos que la cuarta de mejoras puede dejarse a un descendiente legítimo aun cuando no tenga el carácter de legitimario. Por eso puede dejarse al nieto no obstante que viva el hijo. Ahora bien, la acción de reforma, como lo dice expresamente el artículo 1,220, sólo corresponde al descendiente legítimo que tiene el carácter de legitimario. Los otros descendientes legítimos que no tienen el carácter de legitimarios no tienen acción de reforma. No se da a éstos a virtud de que no hay acción sin interés: si hay un nieto a quien el testador pudo dejar la cuarta de mejoras, le es indiferente que se la deje a un hijo o a un extraño, porque, al dejarse sin efecto esa disposición a favor del tercero, la cuarta de mejoras iría a incrementar la legítima rigurosa del hijo, para transformarla en efectiva sin ningún beneficio para el nieto.

En conformidad al artículo 1,221, también corresponde la acción de reforma al cónyuge por su porción conyugal, cuando el testador no se la respete.

En seguida, también podría presentarse la acción de reforma en el caso que contempla el artículo 1,318, Faculta al testador para hacer la partición de sus bienes en el testamento. Dice:

“Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno”.

Esta última expresión “contraria a derecho ajeno” debe entenderse “en cuanto no se lesionen los derechos del asignatario forzoso”. En este caso, si el causante lesiona en su partición las legítimas, los legitimarios pueden dirigirse contra esa partición.

La acción de reforma difiere fundamentalmente de la nulidad del testamento.—Porque ésta trae la ineficacia de todo el testamento; y mediante la acción de reforma se deja sin efecto sólo una parte de éste, aquélla en que se lesionan las legítimas, pero sobrevive en la parte de que el testador puede disponer a su arbitrio.

[índice](#)

CAPITULO IV

DE LA APERTURA DE LA SUCESION Y DE LA ACEPTACION O REPUDIACION DE LAS ASIGNACIONES

REGLAS GENERALES

Concepto.—El título VII del libro III trata de la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario. En el párrafo 1 da reglas generales, y se refiere primeramente en ellas a la apertura de la sucesión.

Llámase apertura de la sucesión el hecho que autoriza a los herederos para tomar posesión de los bienes del difunto, cuya propiedad éste les transmite.

Ya sabemos que la sucesión se abre al momento del fallecimiento del causante, en el último domicilio que éste haya tenido, y resaltábamos la importancia que este último domicilio tenía, porque él determina la competencia de los tribunales y la legislación aplicable.

Medidas precautorias: guarda y aposición de sellos e inventario.—Ahora, los artículos 1,222 a 1,224 consagran algunos derechos de las personas que tienen interés en la sucesión, ya sean asignatarios o acreedores hereditarios: el derecho de la guarda y aposición de sellos. Según el artículo 1,222, desde que se abre una sucesión, cualquiera que tenga interés en ella o se presume que pueda tenerlo, puede pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios. Disposición que estudiamos el año pasado al referirnos al derecho auxiliar de las medidas conservativas que tiene el acreedor respecto del deudor. Este artículo contempla una medida conservativa.

La guarda y aposición de sellos se efectúa a pedido de un asignatario o acreedor para que se dejen los muebles o papeles en un lugar seguro hasta el momento del inventario, porque ya entonces hay constancia de que existen; de modo que esta medida conservativa procede en el período que media entre la apertura de la sucesión y la partición.

Este derecho lo pueden ejercitar no sólo el heredero o el legatario, sino también los acreedores. "... el que tenga interés en ella o se presuma tenerlo..." Y los acreedores hereditarios tienen interés por su crédito.

La guarda y aposición de sellos es decretada por el juez. Los artículos 1,051 a 1,055 del Código de Procedimiento Civil, reglamentan en detalle la parte procesal de esta cuestión. 1223

En conformidad al artículo ~~1,123~~, si existieren bienes de la sucesión en diversos departamentos, el juez del departamento en que se hubiere abierto la sucesión enviará exhortos a los jueces de los otros departamentos para que se proceda a hacer la guarda y aposición. Es un exhorto circulante. X

El artículo 1,224, en concordancia con el N.º 1.º del artículo 959, establece que los gastos de la guarda y aposición de sellos y de los inventarios los soporta toda la masa hereditaria. Por eso el artículo 959 contempla los gastos de apertura y publicación del testamento dentro de las bajas generales.

LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LAS ASIGNACIONES

Concepto.—En su oportunidad manifestamos que el testamento es un acto unilateral, que se perfecciona por la sola voluntad del otorgante. Pero dijimos que para que produjera sus efectos era necesaria la aceptación del asignatario, aun cuando ésta no le daba el carácter de bilateral. Siempre conserva el de unilateral; pero como es principio inconcuso en Derecho que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad, de ahí que se requiera la aceptación. En consecuencia, en presencia de una asignación, el asignatario podrá aceptarla o repudiarla. La aceptación será el acto por el cual el asignatario toma sobre sí la calidad de heredero o legatario con los derechos y obligaciones anexos a ella; y la repudiación, el acto por el cual el asignatario declara que no acepta la asignación deferida.

A este respecto, hay diferencias entre heredero y legatario. Porque el legatario sólo tiene dos caminos: aceptar o repudiar la asignación. El heredero puede encontrarse en tres situaciones: 1) aceptar; 2) repudiar, y 3) aceptar con beneficio de inventario. Esta situación es propia del heredero.

Desde qué momento puede el heredero o legatario aceptar o repudiar.—Es decir, desde qué momento puede ejercitar este derecho de opción que consiste en aceptar o repudiar la asignación. En conformidad al artículo 1,226, la asignación puede aceptarse desde el momento en que es deferida al asignatario y, por lo tanto, hay que distinguir según que la asignación sea pura y simple o condicional. Si es pura y simple, podrá aceptarse desde el momento del fallecimiento del causante, porque en conformidad al artículo 956

se produce en ese momento la delación. En cambio, si es condicional, como la delación se produce cuando se cumple la condición, sólo en este momento podrá aceptarse la asignación.

Distinta cosa acontece respecto de la repudiación. La repudiación puede hacerse después del fallecimiento del causante aun cuando se trate de asignación condicional (inciso 2.º, 1,226). De modo que para aceptar una asignación condicional se requiere se cumpla la condición, en tanto que la repudiación se puede hacer en cualquier momento, una vez fallecido el causante, no obstante no haberse cumplido.

El ejercicio del derecho de opción le nace al asignatario por regla general al fallecimiento del causante. No podría ejercitarse con anterioridad, en vida del causante. Porque una aceptación o repudiación en ese momento constituiría un verdadero pacto sobre sucesión futura, que, el artículo 1,463 repudia y sanciona con la nulidad absoluta.

El artículo 1,226, inciso final, dice que mirará como repudiación intempestiva, y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario a una persona que le debe la legítima para que pueda testar sin consideración a ella. Porque equivaldría a un pacto sobre sucesión futura y constituiría una renuncia a la legítima, que no puede hacerse antes de deferida.

Hasta qué momento puede ejercitarse este derecho.—Hay que distinguir según que el asignatario sea o no requerido para pronunciarse:

I. Si hay requerimiento, caso contemplado en el artículo 1,232, tiene el asignatario un plazo de 40 días para pronunciarse. Cualquiera que tenga interés puede requerir al asignatario para que diga si acepta o repudia. Este plazo de 40 días puede ampliarse hasta un año por el juez, cuando el asignatario estuviere ausente, o cuando los bienes estuvieren situados en lugares distintos, o por cualquier otro grave motivo. Pero no más de un año. Este plazo se llama "para deliberar". Y durante él tiene derecho el asignatario a inspeccionar los objetos comprendidos en la herencia y podrá solicitar las medidas conservativas del caso, y no será obligado a pagar las deudas hereditarias ni testamentarias. Porque aun no tiene la calidad de heredero. Esta acción tendrá que dirigirse contra el albacea de la sucesión, pero no contra ese heredero. Y si se trata de un asignatario ausente, podrá nombrarsele un curador de bienes para que acepte la herencia con beneficio de inventario. Todo esto lo dice el artículo 1,232.

El asignatario que está en mora de aceptar o repudiar se entiende que repudia la asignación; en conformidad al artículo 1,233. Este artículo concuerda con el artículo 1,235, que dice que la repudiación no se presume sino en los casos expresamente indicados. Este artículo 1,235 habla en plural de "casos", cuando en realidad el único caso en que se presume es el del artículo 1,233. No hay otro caso. Bien pudo hablar en singular.

II. Si no hay requerimiento al asignatario para que se pronuncie, conservará la facultad y el plazo para aceptar o repudiar, mientras conserve el derecho. Y, por lo tanto, habrá que distinguir el caso de la herencia, del legado de especie o cuerpo cierto y del legado de género:

1) La herencia prescribe en ~~10~~ años por regla general, y en ~~5~~ cuando se ha concedido posesión efectiva (artículos 1,269 y 704). Mientras el heredero no pierda su calidad de tal puede ejercitar el derecho de opción.

2) El legatario de especie o cuerpo cierto adquiere el dominio de la cosa legada por el solo fallecimiento del causante, y sólo perderá este dominio en conformidad a la regla general del artículo 2,517, según el cual toda acción por la cual se reclama un derecho se pierde por la prescripción adquisitiva del mismo derecho. Mientras un tercero no adquiere el dominio del bien legado, conserva su derecho el legatario.

3) El legado de género sólo da un derecho personal al legatario para exigir el pago al heredero, y en conformidad al artículo 2,514 prescribe, según las reglas generales, en ~~10~~ años. Y, por lo tanto, tendrá el plazo de ~~5~~ años para aceptar o repudiar.

Cómo debe aceptarse o repudiarse la asignación.—En conformidad al artículo 1,225, inciso 1.º, toda persona o asignatario puede aceptar o repudiar libremente la asignación. Sin embargo, esta regla del inciso 1.º tiene dos excepciones:

a) El artículo 1,231 se pone en el caso que el heredero o el legatario haya substraído bienes de la sucesión. Si es el heredero el que subtrae, pierde el derecho de repudiar, y no obstante su repudiación permanecerá heredero, y como sanción la ley le hace perder sus derechos en el bien substraído. Si se trata de un legatario, hay que distinguir si lo que subtrae es el bien mismo que se le debe u otro. Si tiene el dominio de él, es obligado a devolverlo y pierde sus derechos en él; si lo que ha substraído es un bien que no le corresponde, está obligado a devolver el duplo del bien legado; en este caso, la sanción es doble. Y, en conformidad al inciso final de este artículo, todo sin perjuicio de la responsabilidad criminal consiguiente.

Este artículo concuerda entonces con el artículo 1,768, que se pone en el caso de la substracción por parte de un cónyuge de un bien de la sociedad conyugal.

Este artículo 1,231 contempla un verdadero delito civil; y en conformidad al artículo 1,319, la acción que emana de él prescribe en cuatro años.

b) Cuando el asignatario no tiene la libre administración de sus bienes, en conformidad al artículo 1,225 sólo podrá aceptar o repudiar por medio de su representante legal o autorizado por él. (Al decir "libre administración" ha querido decir "libre disposición"). En otros términos, cualquier inca-

paz, absoluto o relativo, queda comprendido dentro de la disposición. Y la mujer casada, en conformidad al inciso final, para aceptar deberá hacerlo con autorización del marido o de la justicia en subsidio, y si actúa con autorización subsidiaria de la justicia se aplica la disposición del artículo 146, el cual manifiesta que la mujer en este caso está obligada a aceptar con beneficio de inventario, y si no lo hace, ella sola es responsable de la aceptación, no afectando ninguna responsabilidad al marido.

También tiene regla especial la mujer casada para repudiar. Contemplada en el artículo 1,236, inciso 2.º: si el marido quiere repudiar una asignación de la mujer, debe hacerlo con el consentimiento de la mujer o de la justicia cuando la mujer estuviere imposibilitada para prestarlo, como, por ejemplo, si estuviere ausente o demente. Si el marido repudia sin el consentimiento de la mujer o de la justicia en su caso, la repudiación, de acuerdo con el mismo artículo, es nula, y puede la mujer pedir al marido la indemnización de todo perjuicio, conservando siempre su derecho a dirigirse contra terceros.

En resumen, la mujer casada, en lo que se refiere a la aceptación o repudiación de las asignaciones, está colocada en situación distinta a la de los demás incapaces, y contemplada expresamente en el inciso final del artículo 1,225 respecto de la aceptación, y en el inciso 2.º del artículo 1,236 respecto de la repudiación.

Los otros incapaces tienen que aceptar o repudiar por medio de su representante legal o autorizados por él. Y en cuanto a la aceptación, según el artículo 1,250, inciso 2.º, debe hacerse siempre con beneficio de inventario: el representante legal está obligado a aceptar con beneficio de inventario. En cuanto a la repudiación, en conformidad al inciso 1.º del artículo 1,236, por regla general el representante puede repudiar libremente una asignación, pero requiere autorización judicial en tres casos:

- 1) Tratándose de asignaciones a título universal (herencias);
- 2) Tratándose de asignaciones de bienes raíces, y
- 3) Tratándose de asignaciones que valgan más de \$ 1,000.00. *h. 7012.*

La autorización judicial se exige en defensa de los intereses de los incapaces, ya que la repudiación en estos casos puede traer perjuicios al incapaz.

Características de este derecho de opción.—a) Es un derecho transmisible. El derecho de transmisión (artículo 957) consiste precisamente en eso: se presenta cuando un heredero o legatario a quien se ha deferido su asignación fallece sin haberse pronunciado, transmitiendo a sus herederos este derecho de aceptar o repudiar dicha asignación.

b) De acuerdo con el artículo 1,227, la aceptación o repudiación no puede someterse a modalidades, no se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni desde o hasta cierto día. O se es asignatario en definitiva o no se es. No

se permite la aceptación condicional por los perjuicios que puede ocasionar. Este caso del artículo 1,227 ofrece otro ejemplo excepcional de acto patrimonial que no admite plazo o condición.

c) De acuerdo con el artículo 1,228, es indivisible; no puede aceptarse parte de una asignación y repudiarse otra parte. Salvo el caso que haya pasado por transmisión a otras personas (inciso 2.º), en cuyo caso cada uno de los herederos puede aceptar o repudiar su parte. Se deja a Pedro un legado de 100; Pedro no alcanza a aceptar o repudiar, y quedan tres hijos: cada uno de éstos puede aceptar o repudiar la parte que les corresponde en la asignación. Juan podrá decir que acepta su parte, Diego que la repudia. Cada uno se mira como asignatario independiente para el efecto de aceptar o repudiar su parte.

d) En conformidad al artículo 1,229, si se deja a una persona dos o más asignaciones, puede repudiar una y aceptar otra, y viceversa; pero no podrá repudiarse la asignación más gravada y aceptar la que esté menos, salvo que las asignaciones hayan pasado separadamente por derecho de acrecimiento o de transmisión, o de substitución vulgar o fideicomisaria, o que se haya concedido al asignatario la facultad de repudiarla separadamente. Sólo en estos casos podría decir que repudia la más gravada y acepta las otras.

e) La aceptación puede ser expresa o tácita. Expresa, cuando se toma sobre sí la calidad de asignatario, cuando éste ejecuta actos a que sólo da derecho su calidad de asignatario, como lo dispone el artículo 1,241; por ejemplo, el heredero solicita la posesión efectiva o demanda a un deudor de la sucesión. Tácita, en el caso contemplado en el artículo 1,230, por ejemplo, por el hecho de que venda, done o transfiera la cosa asignada o sus derechos en la asignación.

En cambio, la repudiación es siempre expresa, salvo la excepción del artículo 1,233: el único caso en que se presume es cuando el asignatario está en mora de repudiar.

f) Este derecho, una vez ejercitado, pasa a ser irrevocable. No podría decir el asignatario que él aceptó la asignación, pero que ahora se arrepiente y la repudia, o viceversa. Según se desprende de los artículos 1,234 y 1,237, una vez ejercitado, el pronunciamiento es irrevocable.

Sin embargo, esta regla tiene excepciones. Hay casos en que puede revocarse la opción ejercitada por el asignatario:

1) Cuando no se hiciera en conformidad a la ley. Por ejemplo, cuando tratándose de un incapaz y de una asignación de bien raíz, el curador renuncia a la asignación sin autorización judicial. Hay nulidad relativa y puede dejarse sin efecto la repudiación.

2) Tanto la aceptación como la repudiación, en caso de dolo o fuerza; esto es, cuando al aceptar o repudiar el asignatario lo hubiere hecho a virtud

de dolo o fuerza de parte de terceros, caso contemplado en los artículos 1,234 y 1,237. La fuerza se rige por las reglas generales de los artículos 1,456 y 1,457. El dolo, como la aceptación o repudiación es un acto unilateral, no puede exigirse que emane del otro contratante, porque no lo hay; de cualquiera persona que emane, puede el asignatario rescindir su aceptación o repudiación.

3) Respecto de la aceptación únicamente, en conformidad al artículo 1,234 puede ella dejarse sin efecto en caso de lesión grave, y se entiende que la hay cuando, por gravámenes o cargas impuestas por el testador y de que no tenía conocimiento el asignatario, disminuye en más de la mitad de su valor la asignación. La lesión, por regla general, no es un vicio del consentimiento; sólo se la contempla en casos aislados, uno de los cuales es este artículo 1,234, pero para que en este caso se rescinda la aceptación, es necesario que la lesión sea grave. Ejemplo: En un testamento se deja una propiedad de valor de 400 a un asignatario; éste acepta la asignación en vista de que le trae lucro. Después el testador impone a ese asignatario una obligación de dar 300 a un tercero. A virtud de esta nueva disposición, el asignatario pierde más de la mitad de la asignación. Como hay lesión grave, puede rescindirse su aceptación.

En todos estos casos, como se trata de vicios, parece lógico que el asignatario tiene el plazo de cuatro años para rescindir su aceptación o repudiación. Aplicando las reglas generales de la nulidad relativa.

4) Respecto de la repudiación únicamente, el artículo 1,238 establece que si el asignatario repudia en perjuicio de los acreedores, éstos pueden aceptar por él. Es decir, pueden revocar su repudiación. Estudiamos este derecho de los acreedores dentro de la acción pauliana y de la substitución del acreedor en ciertos derechos del deudor, y dijimos que era un caso evidente de acción pauliana y no de tal substitución. Por dos razones principalmente:

1.^o Porque los bienes los adquiere el asignatario por el solo fallecimiento del causante; luego, esta acción tiene por objeto hacer entrar bienes que ya han salido, característica de la acción pauliana;

2.^o Porque, como lo dice el artículo 1,238, la aceptación que hacen los acreedores sólo favorece a aquel acreedor que la hizo y no a todos ellos. Otra característica de la acción pauliana. En tanto que en la substitución favorece a todos.

Como se trata de acción pauliana, ella prescribe en un año, contado desde la repudiación (artículo 2,468, N.º 3.º).

Cuando el derecho de opción se rescinde por dolo, fuerza o lesión, el asignatario queda en condiciones de pronunciarse nuevamente sobre si acepta o repudia. En cambio, en el caso del artículo 1,238, los acreedores son los que aceptan por el asignatario; la repudiación se transforma en aceptación.

g) Última característica es que, de acuerdo con el artículo 1,239, la aceptación o repudiación se retrotrae al momento del fallecimiento del causante. Produce efectos retroactivos. De esta regla se deducen dos consecuencias:

- 1) Que los frutos producidos en el tiempo intermedio entre el fallecimiento y la aceptación pertenecen al asignatario;
- 2) Que se mira que al asignatario ha pertenecido la cosa desde el fallecimiento.

Por el contrario, si el asignatario repudia, se entiende no haberla poseído jamás, como dice el artículo 722. Regla que se aplica al legado de especie (artículo 1,239), y no al legado de género, porque en él los frutos los adquiere el legatario desde que se le entrega el bien legado o desde que está en mora de entregarlo el heredero. Lo dice expresamente el artículo 1,239, inciso 2.º Consecuencia: los frutos los adquiere el legatario de género desde la entrega o mora, y el dominio del bien legado, no desde el fallecimiento, sino desde la entrega.

ACEPTACIÓN DE LAS ASIGNACIONES A TÍTULO UNIVERSAL

El párrafo 1 de este título VII contiene reglas generales sobre la aceptación y la repudiación. En este párrafo 2 se dan reglas especiales, como o indica su epígrafe.

Herencia yacente.—El primer artículo, el artículo 1,240, se refiere a la *herencia yacente*. Es aquella que no ha sido aceptada por el heredero dentro del plazo de quince días, ni tiene albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes, o, teniéndolo, no ha aceptado el cargo. Dos son los requisitos para que tenga el carácter de herencia yacente:

- 1) Que no haya sido aceptada por el heredero dentro del plazo de quince días;
- 2) Que no hay albacea con tenencia de bienes o que, habiéndolo, no haya aceptado el cargo. Si lo hay, no se justificaría que se declarase la yacencia, porque el albacea tiene las mismas facultades que los curadores de bienes y, por lo tanto, esa herencia, no obstante no ser o estar aceptada por los herederos, tiene una persona que la represente; el albacea puede cobrar los créditos y pagar las deudas de ella. Porque el objetivo que persigue el legislador al declarar la yacencia es proteger los bienes comprendidos en la masa hereditaria y que una persona se haga cargo de ellos y venga a representar la herencia en el pago de las deudas y cobro de los créditos. Porque si no, todas las personas que tienen intereses en la herencia no tendrían un personero contra quien dirigirse.

En conformidad al artículo 1,240, son varias las personas que pueden solicitar se declare yacente la herencia: ¹⁾ el cónyuge sobreviviente, los ²⁾ parientes o dependientes del difunto, ³⁾ cualquiera otra persona interesada e inclusive el juez de oficio.

Declarada yacente la herencia, se procede a hacer publicaciones en un periódico del departamento y se fijan carteles en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y siempre de acuerdo con el artículo 1,240, se nombra a la herencia un curador, y va a ser éste el que la represente en las relaciones jurídicas que están pendientes.

Toda resolución judicial que declare yacente una herencia deberá ser comunicada de oficio por el Tribunal al Ministerio de Tierras y Colonización. Así lo dispone el decreto-ley 153, de 7 de julio de 1932, sobre Bienes Nacionales (artículo 16).

Nos referimos a la curaduría de la herencia yacente al estudiar los curadores especiales de bienes. En sus líneas generales:

- a) Es una curaduría de bienes, y no general;
- b) Siempre es dativa; no puede ser testamentaria ni legítima;
- c) Las facultades del curador son muy restringidas; sólo puede hacer los actos de conservación y pagar las deudas y cobrar los créditos;
- d) Termina: 1) cuando aparece el heredero y acepta la herencia; 2) cuando el curador de ella, pasados los cuatro años desde el fallecimiento, con autorización judicial, procede a vender los bienes y deposita el producto en arcas fiscales; y 3) por haberse agotado los bienes comprendidos en ella.

Puede acontecer—es lo más frecuente—que en una herencia existan dos o más herederos, y sólo uno de ellos acepta; los otros no, y pasa el plazo de quince días. No hay lugar a declarar yacente la herencia. Y, en conformidad al artículo 1,240, aquel heredero que acepta toma la administración de los bienes comprendidos en la herencia y tiene las mismas facultades que el curador de la herencia yacente, con la sola diferencia de que no está obligado a rendir caución para el ejercicio del cargo. Y si después los herederos van aceptando la herencia, van entrando en su administración. Como se ve, ya no procede declararla yacente, porque ese heredero pasa a ser administrador, un personero contra quien se dirigirán las acciones y al quien que velará por la conservación de los bienes hereditarios.

Respecto de la herencia yacente se ha presentado la cuestión acerca de si es o no una persona jurídica.—Porque hay dos disposiciones, los artículos 2,500 y 2,509, de las cuales parece desprenderse que es una persona jurídica. El artículo 2,500 dice que la posesión principiada por el causante se entiende que continúa en la herencia yacente, la cual se mira

que posee a nombre del heredero. Y el artículo 2,509 dice que la prescripción se suspende a favor de las siguientes personas: "2.º La herencia yacente". Pero no puede dársele a ésta el carácter de persona jurídica. Ambas disposiciones son más bien de orden práctico. Se suspende la prescripción porque el heredero aun no ha aceptado la herencia, y continúa la posesión en la herencia yacente, porque el legislador quiere que no haya solución de continuidad entre causante y heredero. Por lo demás, el artículo 2,346 dice que se puede afianzar a las personas jurídicas y a la herencia yacente. Contraponen las ideas de persona jurídica y herencia yacente. Si considerare que ésta es una persona jurídica, no tendría para qué haberla mencionado en el artículo citado. X

No son sinónimos los términos "herencia vacante" y "herencia yacente".—La herencia vacante, en conformidad al artículo 995, es aquella que corresponde al Fisco como heredero abintestato. La herencia yacente no corresponde al Fisco, sino que es aquella no aceptada por el heredero. Claro que la declaratoria de herencia yacente puede ser la antesala de la herencia vacante. Porque bien puede ser que el heredero no acepte porque no existe, y entonces la herencia yacente podrá transformarse en vacante. Otras veces no, porque puede presentarse un heredero de mejor derecho que el Fisco, y ya no podrá haber herencia vacante.

Derecho del denunciante.—El legislador ha debido estimular a las personas que denuncian herencias vacantes a favor del Fisco. Existe el decreto-ley 153, de 7 de julio de 1932, que contiene disposiciones sobre bienes nacionales y especialmente sobre denuncios. El título II trata de los denuncios, y el artículo 13 establece que a la persona que a virtud del denuncia que efectúa haga ingresar bienes por primera vez a las arcas fiscales, podrá el Presidente de la República otorgarle un premio, que no podrá exceder del 20% del valor del ingreso.

En conformidad al artículo 15 de este decreto-ley, generalmente la recompensa por la herencia vacante se paga una vez que, de acuerdo con el artículo 1,260, hayan prescrito los plazos para que el que pueda tener mejor derecho que el Fisco reclame la herencia (10 ó 15 años). No obstante, el mismo artículo autoriza al Presidente de la República para que se pague la recompensa aun cuando no expiren estos plazos, y podrá exigirse al denunciante una garantía para el caso que el Fisco se vea obligado a devolver los bienes comprendidos en la herencia yacente.

El 2 de septiembre de 1935 se dictó un Reglamento para aplicar este título II, que trata de los denuncios, y en conformidad al artículo 6.º, la

recompensa será decretada una vez que se hayan cumplido las siguientes condiciones:

- 1) Que los bienes hayan ingresado legal y materialmente al patrimonio fiscal;
- 2) Que el que la solicite sea el primer denunciante;
- 3) Que la herencia se haya liquidado, o sea, que se hayan deducido las deudas y demás costas necesarias para obtener el acervo líquido: sobre este acervo se paga el premio.

En conformidad al artículo 1,241, las **herencias pueden aceptarse expresa o tácitamente.** Hay aceptación expresa cuando el asignatario toma el título de heredero; tácita, cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no hubiera tenido derecho a ejercitar sino en su calidad de heredero.

El artículo 1,242, explicando la idea del 1,241, dice que el título de heredero deberá tomarse en una escritura pública o privada o en un acto de tramitación judicial. Y, en consecuencia, habrá aceptación expresa si el heredero solicita la posesión efectiva, si entabla la acción de petición de herencia, si comparece en una escritura pública otorgando recibo o finiquito a un deudor hereditario. Por el contrario, habrá aceptación tácita, por ejemplo, en el caso del heredero que paga la contribución de herencia. En varios artículos el legislador contempla casos de aceptación tácita. Así, el artículo 1,231, cuando el heredero subtrae uno o más bienes hereditarios.

En seguida, también hay aceptación tácita, en conformidad al artículo 1,230, cuando el heredero dona, cede o transfiere sus derechos hereditarios o bienes comprendidos en la herencia. Este artículo 1,230 está en armonía y concordancia con el artículo 1,244, según el cual la enajenación de un bien comprendido en la herencia supone aceptación, aun cuando fuere hecha para objetos de administración urgente, salvo que el heredero la hiciera con autorización judicial protestando que no es su ánimo obligarse en calidad de heredero. De modo que el legislador supone que se acepta la herencia por el solo hecho de la enajenación de bienes de la herencia. Y el heredero no podrá defenderse diciendo que procedió a la enajenación porque se trataba de un caso urgente, que había un embargo, que para alzarlo se hizo necesario vender el bien hereditario. Pero le deja el legislador al heredero una puerta de escape: puede hacer la enajenación autorizado por la justicia, manifestando que procede porque hay urgencia, pero que no se colige de ella su ánimo de aceptar.

El artículo 1,243 dispone que los actos de mera administración y conservación de los bienes hereditarios no suponen por sí solos aceptación de la herencia. Solo lo supone la enajenación.

Efectos de la aceptación.—Están indicados en el artículo 1,245. Consisten en que se hace responsable el heredero, según la parte que le corresponda en la herencia, de las deudas testamentarias y hereditarias, aun cuando excedan a lo que reciba en la herencia. Esta disposición no hace sino repetir lo que habían manifestado los artículos 951 y 1,097. Hay, pues, franca relación entre los tres: sientan el principio básico de que el heredero, como continuador de la persona del difunto, está obligado al pago de las deudas hereditarias y testamentarias, no obstante que excedan al monto de los bienes hereditarios. Por eso, al estudiar las características del heredero, dijimos que, no obstante adquirir la herencia a título gratuito, no significaba que forzosamente hubiera un enriquecimiento para el heredero, porque no lo hay si las deudas son mayores que la herencia.

Sin embargo, esta responsabilidad del heredero se ve limitada cuando acepta la herencia con beneficio de inventario. Cesa con éste su responsabilidad ilimitada de heredero.

El artículo 1,246 establece que si el heredero es declarado tal a instancia de un acreedor hereditario o testamentario, esta declaración surte efectos respecto de los demás acreedores sin necesidad de nuevo juicio. "La misma regla se aplica a la declaración judicial de haber aceptado pura y simplemente o con beneficio de inventario". Si en la demanda del acreedor Pedro contra el heredero queda sentada la calidad de heredero de éste, esta declaración de la sentencia judicial produce efectos respecto de todos los acreedores hereditarios o testamentarios, y no habría necesidad de un nuevo juicio para que el acreedor Juan estableciera la calidad de heredero. Disposición que hace excepción al artículo 3.º del Código Civil, según el cual las sentencias judiciales solo producen efectos respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Lo que quiere decir que son de efectos relativos. La otra excepción al artículo 3.º, es el artículo 315, que habla de las sentencias que se dictan en materia de estado civil, y que, como éstas que se dictan en el caso de heredero que es declarado tal por un acreedor, producen efectos absolutos; respecto de toda persona.

EL BENEFICIO DE INVENTARIO

*no tienen la
cogitacion*

Concepto.—Puede decirse que es una facultad por la cual los herederos absolutamente capaces que aceptan una herencia limitan su responsabilidad con respecto a las deudas hereditarias o testamentarias hasta el monto de los bienes que reciban, debiendo rendir cuenta de ellas.

Análisis de la definición:

Es una facultad. Porque va a ser el heredero el que va a ver si le conviene o no aceptar con beneficio de inventario, porque queda a su arbitrio

aceptar o no con beneficio de inventario. El legislador, con razón, no ha permitido que esta facultad de aceptar con beneficio de inventario se vea coartada por el testador; y por eso el artículo 1.249 dice precisamente que el heredero tendrá esa facultad no obstante que el testador se la haya prohibido expresamente. Porque si pudiese el testador prohibir la aceptación con beneficio de inventario, podría llegar a ser ésta una cláusula de estilo en todos los testamentos; y todavía más, el testador podría considerar como un *desaire*, como una injuria, la aceptación con beneficio de inventario.

De las personas absolutamente capaces. Porque cuando se trata de incapaces, el legislador concede el beneficio de inventario por el solo ministerio de la ley: acepten o no éstos con beneficio de inventario, queda limitada su responsabilidad.

Que aceptan una herencia. Porque sólo es propio de los herederos, de las asignaciones a título universal la aceptación con beneficio de inventario. Una asignación a título singular no podría aceptarse con beneficio de inventario.

Para limitar su responsabilidad por las deudas hereditarias o testamentarias hasta el monto de lo que reciben. Es lo que le da carácter a este beneficio, es el objetivo que persigue el heredero. Yo recibí por herencia 100: respondo por las deudas hasta 100.

Estando obligados a rendir cuenta. Es una obligación que tiene el heredero que acepta con beneficio de inventario.

Fundamento.—Los fundamentos de este beneficio se basan en la equidad. No sería lógico que el heredero, por aceptar la herencia, llegare hasta la ruina. De otra parte, a los acreedores hereditarios o testamentarios no les significa ningún cambio el hecho de que el heredero acepte con beneficio de inventario. Porque cuando ellos contrataron tuvieron en vista el patrimonio exclusivo del causante, y no el patrimonio de los que iban a ser sus herederos. Por lo tanto, si al fallecimiento del causante el heredero acepta con beneficio de inventario, siempre sigue respondiendo de las deudas el mismo patrimonio.

Orígenes.—Los orígenes se remontan al Derecho Romano. Fué una institución que apareció junto con la restitución *in integrum*, medida que tenían los romanos para favorecer los intereses de los incapaces, y que nuestro legislador no conservó.

Requisitos para que una persona goce del beneficio de inventario.—Son cuatro:

- 1) Que lo declare expresamente;

- 2) Que no haya hecho un acto que suponga la aceptación de la herencia;
- 3) Que se haga inventario fiel y solemne de los bienes;
- 4) Que en este inventario no se hayan ocultado bienes o supuesto deudas.

I. Que el heredero lo declare expresamente. Porque la aceptación con beneficio de inventario es una excepción a la regla del artículo 1,245, a la responsabilidad ilimitada que tiene el heredero. Algunos pretenden que esta declaración debe hacerse por instrumento público. Exigencia que no es aceptable. Sería crear una formalidad que la ley no contempla. Puede, pues, hacerse en un instrumento privado.

Excepcionalmente, una persona goza del beneficio de inventario no obstante no lo declare expresamente, en el caso del inciso 2.º del artículo 1,245: cuando el heredero hubiere hecho inventario solemne de los bienes. Por la sola circunstancia de hacer este inventario ya goza del beneficio de inventario.

II. Que el heredero no haga ningún acto que suponga aceptación de la herencia. Lo que significa que no haya aceptado tácitamente la herencia, porque la aceptación tácita nunca puede ser con beneficio de inventario. Están reñidos. Por eso, el artículo 1,252 dice que el heredero conserva la facultad de aceptar con beneficio de inventario mientras no haya hecho acto de heredero.

III. Que los bienes consten en inventario, y este inventario, que es la base de este beneficio, debe reunir dos características: 1) debe ser inventario fiel, y 2) debe ser inventario solemne.

Debe ser inventario fiel, esto es, que no se omita en él ninguno de los bienes de la herencia, ni tampoco se suponga la existencia de deudas que realmente no existen. El legislador es tan severo en esto, que en el artículo 1,256 priva del beneficio de inventario al heredero que supone deudas de la herencia o que omite de mala fe la mención de bienes.

Debe ser inventario solemne, ciñéndose, de acuerdo con el artículo 1,253, a las reglas que se dan para los inventarios de los tutores y curadores, establecidas en los artículos 382 y siguientes, y a las que el Código de Procedimiento Civil prescribe (1). Inventario solemne es aquél que se hace previo decreto judicial ante un ^{Notario} ministro de fe y ^{dos} testigos. La Corte Suprema, en sentencia de 30 de septiembre de 1932 ("Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 30, sección I, página 57), resolvió que un inventario

(1) Véanse los artículos 1,037 a 1,044 del Código de Procedimiento Civil, y en el Apéndice de este tomo, los artículos 34 a 43, inclusive, de la ley 5,427, sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

solemne era instrumento público. De manera que si en él se dejaba constancia de una deuda de la herencia, era suficiente confesión y hacía plena prueba y, por lo tanto, los herederos no podían negar con posterioridad esa deuda que constaba en el inventario.

Como la confección del inventario solemne va a limitar la responsabilidad del heredero, el artículo 1,255 da derecho a todos los que tengan algún interés en la herencia para concurrir a la confección del inventario, para que puedan reclamar de los vacíos u omisiones que él presente. En conformidad a este artículo, tienen derecho a concurrir a la confección del inventario: el albacea de la sucesión, el curador de la herencia yacente, los herederos testamentarios o abintestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Es decir, toda persona que tenga interés en la sucesión. Y puede concurrir personalmente o representada. Cuando no actúa representada por su representante legal, sino a virtud de un mandato, este mandato debe tener el carácter de solemne, porque, según este mismo artículo 1,255, debe darse por escritura pública o privada. Es una excepción al principio general de que el mandato es un contrato consensual.

Nada ha dicho expresamente el legislador sobre la forma de tasar los bienes hereditarios. Pero los artículos 1,257 y 1,260 discurren evidentemente sobre la base de que se haga la tasación de ellos. Lo cual es lógico que se haga, porque mediante ella se va a saber el límite de la responsabilidad del heredero, hasta cuánto está obligado a responder por las deudas hereditarias. La tasación es indispensable; pero el legislador no ha determinado la forma de hacerla.

IV. Que el heredero, al hacer el inventario, no haya omitido bienes o no haya supuesto deudas, requisito exigido en el artículo 1,256. Porque si ejecuta estos actos de carácter fraudulento, la ley lo sanciona en forma rigurosa, haciéndolo perder el beneficio de inventario.

Qué personas están obligadas a aceptar con beneficio de inventario.—De la propia definición se deduce que queda al arbitrio del heredero determinar si acepta o no con beneficio de inventario. De ahí que la regla general es que el heredero, según su voluntad, puede o no aceptar la herencia con beneficio de inventario. Sin embargo, hay casos excepcionales en que está obligado a aceptar con beneficio de inventario:

1) Cuando existen varios herederos y hay discordancia entre ellos; mientras unos desean aceptar con beneficio de inventario, otros quieren que se acepte pura y simplemente, sin beneficio de inventario. El artículo 1,248, dirimiendo esta dificultad que se puede presentar, establece que todos los herederos están obligados a aceptar con beneficio de inventario; basta que uno

quiera aceptar en esa forma para que los demás queden obligados a aceptar en la misma forma.

2) En conformidad al artículo 1,251, cuando es heredero fiduciario. Razón: el legislador, al exigir que acepte con beneficio de inventario, ha tenido en vista la defensa de los intereses del fideicomisario. Sin embargo, olvidó decir la sanción que existía para el caso que el heredero fiduciario no aceptara con beneficio de inventario; a diferencia de lo que hace respecto del incapaz.

3) En conformidad al artículo 1,250, el Fisco y las corporaciones o establecimientos públicos. Si a la Universidad de Chile, por ejemplo, se deja una herencia, debe aceptarla con beneficio de inventario.

4) Todas aquellas personas que deben aceptar una herencia con autorización de otras personas; es decir, los relativa o absolutamente incapaces: los dementes, los sordomudos, los impúberes, las mujeres casadas, etc. A ellas se refiere el inciso 2.º del artículo 1,250. Y en este caso el legislador ha establecido la sanción para el incapaz que no acepta con beneficio de inventario: el incapaz sólo será responsable hasta concurrencia de los bienes que existieren en la sucesión al momento de la demanda o de lo que se probare haberse empleado en provecho o beneficio suyo. Aquí, en verdad, acontece algo curioso, porque al incapaz le convendrá no aceptar con beneficio de inventario, porque en tal caso sólo responderá por los bienes que existen en la sucesión al momento de la demanda o de los que se pruebe haberse empleado en su beneficio. En cambio, si acepta con beneficio de inventario, va a estar obligado a responder de todos los bienes que recibió de la sucesión.

Efectos del beneficio de inventario.—Según algunos—y esta cuestión es básica y de mucha importancia—el beneficio de inventario produce el efecto de separar el patrimonio del causante del patrimonio del heredero. Pero, según nosotros, no produce tal separación. La cuestión tiene importancia práctica, porque si decidimos que produce la separación de los patrimonios, va a resultar que los acreedores hereditarios sólo van a poder perseguir los bienes hereditarios, pero no los bienes propios del heredero. En cambio, si no hay separación, el acreedor hereditario podrá perseguir indistintamente los bienes de la sucesión o los propios del heredero. Creemos que este beneficio no produce la separación de los patrimonios por las siguientes razones:

1) Porque de la propia definición que da el artículo 1,247 se desprende que el efecto del beneficio de inventario es limitar la responsabilidad hasta el monto de los bienes que recibe el heredero, en pesos. Si el heredero ha recibido \$ 100, sólo responde hasta \$ 100.

2) De aceptar que sólo pueden perseguirse los bienes hereditarios, resultaría que el heredero quedaría privado de la facultad de disponer de ellos. Porque si se permite en tal situación su enajenación, quedarían burlados los acreedores hereditarios. Y la verdad es que el heredero, con o sin beneficio, es dueño de los bienes, tiene sobre ellos el dominio, y no hay inconveniente para que pueda enajenarlos, ya que él sigue respondiendo hasta el monto de lo que valían esos bienes al momento del fallecimiento del causante.

3) Esta misma idea se refuerza con el inciso 2.º del artículo 1,260, que dice que es de cargo del heredero el peligro de los otros bienes de la sucesión, debiendo responder por el valor que arroje su tasación. Indicando que lo que el legislador quiere es que se responda de un valor máximo, pero no de bienes determinados.

4) El artículo 541, N.º 4.º, del Código de Procedimiento Civil, dice que se tramita como tercería el derecho del heredero beneficiario al cual, habiendo ejercitado los derechos que conceden los artículos 1,261 a 1,263 del Código Civil, se le hubieren embargado bienes propios por deudas de la sucesión. Al limitar este artículo 541 el derecho de oponer la tercería sólo a los casos en que el heredero hubiere invocado los derechos que le dan los artículos 1,261 a 1,263, prácticamente, implícitamente se lo está negando en los demás casos. Y ello, porque en los demás casos pueden los acreedores hereditarios perseguir los bienes propios del heredero.

Si bien hay sentencias muy antiguas que han optado por la doctrina contraria, hay dos relativamente modernas que han pensado como nosotros: Ambas de la Gaceta, una de 1914, N.º 507, pág. 138; otra de 1925, primer semestre, N.º 88, pág. 609. Estas dos sentencias han sostenido que no procede la separación de los patrimonios y que pueden perseguirse los bienes de los herederos.

Con todo esto ha quedado insinuado el efecto principal que se produce con el beneficio de inventario: limitar la responsabilidad del heredero hasta el monto de los bienes que recibe. No responde con bienes determinados, no va a responder con los bienes heredados, sino que responde hasta el valor de ellos. Y este valor, evidentemente, debe tomarse en consideración al momento que los recibe, al momento del fallecimiento del causante. Por eso decíamos que era indispensable la tasación; mediante ella se sabrá el valor de los bienes y el límite de la responsabilidad del heredero. Si con posterioridad los bienes aumentan o disminuyen de valor, ello es indiferente a los acreedores hereditarios, porque sólo tienen derecho hasta el monto a que llegaban al momento del fallecimiento del causante.

Para limitar la responsabilidad del heredero, parece lógico considerar

únicamente los bienes que realmente se recibieron en la sucesión y, por lo tanto, al hacerse la partición, no se imputan las donaciones que se hubieran hecho en vida al heredero. Es decir, no deben tomarse en consideración estas donaciones para fijar la responsabilidad del heredero.

El heredero sólo va a estar obligado a responder por el monto de lo que materialmente recibió. De ahí que si el heredero además es legatario de una especie o cuerpo cierto en la herencia o de un género o cantidad, no debe tomarse en cuenta para fijar la responsabilidad de lo que recibe por el legado.

Puede acontecer que se demande al heredero el pago de una deuda hereditaria en circunstancia que los bienes hereditarios se han agotado por el pago de deudas anteriores. En este caso, precisamente, puede el heredero oponer el beneficio de inventario, argumentando más o menos en la siguiente forma: Yo recibí de la herencia \$ 50,000 y, como consta de los documentos que acompaño, ya he pagado a los acreedores Pedro, Juan y Diego, \$ 50,000, y, por lo tanto, usted ha llegado tarde, he agotado los bienes de la herencia y no tengo obligación de pagarle nada. Aquí es precisamente donde tiene utilidad el beneficio de inventario.

Se ve que en este caso el heredero está obligado a rendir cuenta de los bienes y de las inversiones que ha hecho. Lo establece el artículo 1,263.

En conformidad al artículo 1,259, mediante el beneficio de inventario se evita que se produzca la confusión de las deudas y créditos del causante con las deudas y créditos del heredero. Hemos dicho que el heredero que acepta con beneficio de inventario siempre pasa a ser dueño de los bienes hereditarios. Sería un error creer lo contrario. Es dueño de esos bienes, pero sometido a modalidades especiales, porque respecto de ellos le afecta responsabilidad. Por eso el artículo 1,260 establece que responde hasta por culpa leve en la conservación de las especies de la sucesión que se deban. Este artículo 1,260, inciso 1.º, es indudable que se está refiriendo a los legados que hubiere hecho el testador. Por ejemplo, el testador deja a Juan su automóvil, y éste pasa a manos del heredero beneficiario; con respecto a él, que es una especie que se debe, responde hasta de la culpa leve.

El inciso 1.º se refiere a los bienes que hubieren sido legados por el testador. El inciso 2.º agrega que respecto de los demás bienes de la sucesión es de su cargo el peligro, quedando obligado sólo hasta el valor de tasación de los bienes. Esa expresión "es de su cargo el peligro" significa que él carga con los riesgos de esos bienes. El artículo 1,604, ubicado en el pago por consignación, emplea también la expresión "es de su cargo", significando que corre con el riesgo de los bienes. De aquí que este inciso 2.º del artículo 1,260 se desprenda que el heredero no se desliga de responsabilidad por el hecho de que los bienes perezcan o se destruyan por un caso fortuito. El bien

heredado es una propiedad que se destruye por obra de un terremoto y sólo queda el sitio: esto no obstante, el heredero responde por el valor antiguo de la propiedad. La razón jurídica: porque el heredero es dueño de esos bienes y las cosas producen y perecen para su dueño. Así es cómo el aumento de valor le favorece y la disminución también le afecta.

En seguida, el heredero beneficiario responde no sólo de los bienes que haya recibido conforme al inventario, sino de los que con posterioridad sobrevengan, a la herencia sobre que recae el inventario. Lo dice el artículo 1,257.

En conformidad al artículo 1,258, responde el heredero beneficiario de todos los créditos de la sucesión, como si efectivamente los hubiera cobrado; pero en su descargo podrá oportunamente comprobar que ha sido imposible cobrar los créditos, poniendo a disposición de los interesados los títulos de ellos. Por ejemplo, Pedro debía al causante 100. El heredero beneficiario responde de estos 100 como si los hubiera cobrado. Pero resulta que Pedro es un individuo completamente insolvente, y no paga los 100. El heredero podrá descargar su responsabilidad diciendo que no ha podido cobrar, y deja los títulos para que los acreedores se dirijan contra Pedro.

Cómo se extingue la responsabilidad del heredero beneficiario.—

El artículo 1,261 contempla una forma curiosa y sui generis. Según este artículo, puede el heredero beneficiario que quiere desligarse de responsabilidad abandonar los bienes a los acreedores. Mediante este abandono se extingue su responsabilidad.

Hay aquí, evidentemente, una dación en pago, porque el legislador no ha dicho qué hacen con esos bienes los acreedores; si los rematan con posterioridad o si siguen el juicio ejecutivo. No ha exigido que se rematen con posterioridad, sino que parece que los acreedores se hacen dueños de ellos. Por eso es que estamos en presencia de una dación en pago.

En conformidad al artículo 1,262, una vez que el heredero haya agotado los bienes en el pago de las deudas hereditarias, puede recurrir al juez para que cite por edicto a los acreedores que no alcanzaron a pagarse de sus créditos, para que mediante esta citación, y rindiendo una cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho, se le declare exento de responsabilidad. Se presenta el heredero al juez y le dice: Consta del inventario solemne que yo recibí tantos bienes de tal valor; consta al mismo tiempo de los documentos que acompaño, que he pagado a tales la suma de tanto. Pero aún quedan por pagarse tales acreedores. Por tanto, a Us. ruego se cite por edicto a estos acreedores y se me declare libre de toda responsabilidad. Se cita a los acreedores y, aunque no concurran, se acepta la cuenta y se declara exento de responsabilidad al heredero.

A estos dos artículos, 1,261 y 1,262, es a los que se refiere el artículo

541, N.º 4.º del Código de Procedimiento Civil. De modo que si el heredero beneficiario ha abandonado los bienes de la sucesión—caso del artículo 1,261—o se le ha declarado exento de responsabilidad porque agotó todos los bienes en el pago de las deudas—caso del artículo 1,262—y se le embargan bienes propios por las deudas de la herencia, la ley lo faculta para oponer tercería; y dirá: Yo no tengo ninguna obligación de pagar las deudas de la herencia, porque me encuentro en el caso del artículo 1,261 ó 1,262. En ambos casos cesa su responsabilidad. Si el heredero no se encuentra en alguno de estos dos casos especialmente indicados, en todos los otros estará obligado a pagar las deudas, sin derecho a oponer tercería, de donde concluimos que el beneficio de inventario no produce separación de patrimonios.

Diferencia entre el beneficio de inventario y el de emolumento.—El beneficio de inventario tiene cierta semejanza con el beneficio de emolumento, que contempla, dentro de la sociedad conyugal, el artículo 1,777. Pero, no obstante, hay entre ellos varias diferencias:

- 1) La mujer goza del beneficio de emolumento de pleno derecho; en cambio, el beneficio de inventario debe declararse expresamente;
- 2) Para gozar del beneficio de inventario, debe acompañarse inventario de los bienes, el cual es forzoso hacer. En el beneficio de emolumento, la mujer o el marido en el caso del patrimonio reservado, pueden comprobar el exceso de contribución por cualquier instrumento público;
- 3) El derecho de abandonar los bienes para desligarse de responsabilidad (artículo 1,261) sólo tiene lugar en el beneficio de inventario. índice

CAPITULO V

DE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA

Concepto.—Es aquella acción real que tiene el heredero y que se dirige contra la persona que, invocando la calidad de heredero, está en el hecho poseyendo la herencia en todo o en parte. Porque la herencia constituye un derecho real, y cada vez que el legislador establece un derecho, le da al mismo tiempo una acción para que su titular pueda defenderlo contra terceros. Tratándose del derecho real de herencia, esta acción es la petición de herencia. Está tratada en el párrafo 4 del título VII.

Características.—1) Es una acción real, porque está destinada a amparar un derecho real, cual es la herencia. El artículo 577 dice que de los derechos reales emanan acciones reales. Además, es real porque no se dirige contra determinada persona, sino únicamente cuando una persona pretende ser heredero y posee los bienes diciendo que lo es, sea Pedro, Juan o Diego; y bien puede ser que entre el falso y el verdadero heredero no haya ningún vínculo jurídico.

2) Es una acción perfectamente divisible, en el sentido de que si el causante deja, por ejemplo, dos o más herederos de cuota, cada uno puede entablarla para defender su cuota, separadamente.

3) Es una acción universal, porque está encaminada, no a pedir la restitución de bienes determinados, sino la restitución de una herencia, de una universalidad. El que la entabla no pide que se le devuelvan bienes determinados.

4) Las acciones pueden ser muebles o inmuebles, según los bienes en que se ejerzan. Desde este punto de vista, la acción de petición de herencia no tiene característica fija. En ciertos casos, si la herencia sólo comprende muebles, tendrá el carácter de mueble; si sólo comprende bienes raíces, tendrá el carácter de inmueble. Y, cuando hay bienes de ambas clases, caso el más corriente, es una acción mixta.

5) Es una acción patrimonial, porque es susceptible de avaluarse en dinero, porque se encuentra dentro del comercio jurídico. Y de este carácter se deducen varias consecuencias:

a) Es perfectamente renunciable. No hay inconveniente para que el verdadero heredero renuncie a la acción de petición de herencia, y ello en vista del precepto general del artículo 12: son renunciables los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante y cuya renuncia no esté prohibida. Y la acción de petición de herencia mira netamente al interés del heredero y su renuncia no está prohibida.

b) Es transmisibile y, por lo tanto, si el verdadero heredero no ha entablado en vida la acción de petición de herencia y fallece después, aquéllos a quienes pasan sus bienes pueden entablarla.

c) Puede cederse por acto entre vivos. Con esto nos encontramos abocados a un punto sobre el cual no hay criterio uniforme: si el cesionario del derecho de herencia puede entablar la acción de petición de herencia. Pedro vende a Juan sus derechos hereditarios; pero Diego posee la herencia diciendo que es heredero. ¿Podría Juan, cesionario del derecho de herencia, entablar contra Diego la acción de petición de herencia? Según nuestra opinión, no habría inconveniente para ello, porque, mediante la cesión del derecho de herencia, el cesionario pasa a ocupar el puesto que tenía el cedente, y dentro de sus bienes estaba esta acción. Además, el cesionario del derecho de herencia puede solicitar la posesión efectiva, puede proceder a nombrar partidor y puede entablar la acción de reforma del testamento. Para ser consecuentes, tenemos que sostener que puede entablar la acción de petición de herencia. Algunos opinan por la negativa, porque por la cesión del derecho de herencia, no se cede la calidad de heredero, sino los derechos que tiene este. Pero, según nuestra opinión, la cuestión de si se cede o no la calidad de heredero es cuestión de palabras. No hay necesidad de que se ceda la calidad de heredero para sostener que el cesionario pueda entablar la acción de petición de herencia.

En seguida, si se resuelve que no puede entablarla, hay que concluir el absurdo de que la acción de petición de herencia no es transferible por acto entre vivos. Porque la única forma en que se concibe pueda cederse la acción de petición de herencia, es mediante la cesión del derecho de herencia. Pedro es verdadero heredero. Cede la acción de petición de herencia a Juan. Juan la entabla. Una vez que rescata los bienes hereditarios, tendrían que entrar al patrimonio del verdadero heredero. Absurdo. Por eso, si se concluye que el cesionario no puede entablarla, también hay que concluir que esta acción no es transferible, y sólo no pueden cederse aquellos derechos respecto de los cuales el legislador ha dicho que son intransferibles, y en parte alguna se ha referido sobre este punto a la acción de petición de herencia. Hay una sentencia de la Corte de Apelaciones que sienta esta doctrina que sostenemos: 31 de agosto de 1882, Gaceta de 1882, página 1,019, N.º 139.

d) Es prescriptible. A la prescripción de la acción de petición de heren-

cia se refiere al artículo 1,269. En relación con el artículo 704, se desprende que tiene dos plazos de prescripción: un plazo extraordinario de ~~10~~ años y el plazo de ~~5~~ años, cuando al heredero que posee la herencia se le ha concedido la posesión efectiva.

I. Prescribe en ~~50~~ años cuando el heredero contra quien se dirige (el falso heredero) ha obtenido la posesión efectiva. Esta es la circunstancia esencial: que se le haya concedido la posesión efectiva. No basta con decir que prescribe en ~~50~~ años cuando la posee el heredero putativo, porque decir heredero putativo o falso heredero es exactamente igual. Lo que da este derecho de prescripción en menos tiempo es la circunstancia de haberse concedido la posesión efectiva. Por eso, en su oportunidad, decíamos que la posesión efectiva es de carácter procesal, pero que, no obstante, tiene importancia en la legislación substantiva.

En este caso, la acción de petición de herencia no se extingue por la prescripción extintiva, por el mero transcurso del tiempo; no basta con que hayan transcurrido los ~~5~~ años, sino que es necesario que el heredero a quien se ha dado la posesión efectiva adquiera la herencia en dicho plazo. La letra del artículo 1,269 no deja dudas. ~~Como dice el mismo artículo, estos ~~5~~ años se cuentan como para la adquisición del dominio: dos días entre ausentes por uno entre presentes.~~ Derogada

Esta prescripción de ~~5~~ años debe considerarse que es ordinaria, y por lo tanto, se suspendería a favor del heredero incapaz. (Tratamos este punto y demostramos que es prescripción ordinaria).

II. Cuando se trata de la prescripción de ~~10~~ años, se presenta la cuestión de saber si basta el mero transcurso de los ~~10~~ años o es necesario que otra persona haya poseído la herencia durante ese plazo. En otros términos, si esta prescripción es extintiva o adquisitiva. La duda se presenta por la letra del artículo 1,269: "El derecho de petición de herencia expira en ~~quince~~ años". Parece desprenderse que fuera la prescripción extintiva. Sin embargo, consideramos que no es ella, sino igualmente la adquisitiva, y que, por lo tanto, para que se extinga por los ~~10~~ años, es necesario que un tercero haya adquirido la herencia por la prescripción extraordinaria de estos ~~10~~ años. Para pensarlo así, tenemos las siguientes razones:

1) En conformidad al artículo 715, también las cosas incorporales son susceptibles de posesión; luego, cabe haber posesión respecto del derecho real de herencia;

2) Si en el caso anterior actúa la prescripción adquisitiva, no se ve por qué se trate meramente de la extintiva en el caso de prescripción de ~~10~~ años. Es lógico pensar que en ambos casos sea la adquisitiva, con la única diferencia que se acorta el plazo, en homenaje a que el heredero tiene la posesión efectiva;

3) De acuerdo con el artículo 2,512, los derechos reales se adquieren por prescripción en la misma forma que el dominio, salvo el derecho de herencia, que se adquiere por prescripción extraordinaria de 30 años. Hay una sugestiva analogía entre este artículo 2,512 y el 1,269. Es lógico suponer entonces que el artículo 2,512 se refiere a la prescripción de 30 años que opera cuando un tercero adquiere los derechos hereditarios;

4) En conformidad al artículo 2,517, que también abona nuestra opinión, toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho. De donde se desprende que las acciones reales no se extinguen por el hecho de no ejercitarse, sino que es necesario que un tercero haya adquirido por prescripción adquisitiva el derecho real. Por eso en su oportunidad aplicábamos el artículo 2,517 a la acción reivindicatoria y a la acción de petición de herencia. Si concluyéramos que este artículo no se aplica a la acción de petición de herencia, resultaría que esta regla ubicada dentro de un título que consigna preceptos generales se referiría sólo a la acción reivindicatoria; si así fuera, la habría establecido dentro de esta última acción;

5) De aceptar la opinión contraria, el beneficiado sería el Fisco, porque, pasados los 30 años de prescripción extintiva, pasaría éste a ser dueño de los bienes raíces, ya que, de acuerdo con el artículo 590, todo bien raíz que no tiene propietario pertenece al Fisco. Y en materia de prescripción, según lo dice expresamente el legislador, el Fisco está colocado en igual situación que los particulares.

Semejanzas y diferencias entre la acción de petición de herencia y la acción reivindicatoria y la de reforma.—Hay dos acciones similares a la acción de petición de herencia: la acción reivindicatoria y la acción de reforma del testamento. Hay semejanzas y diferencias:

Semejanzas con la reivindicatoria: puede decirse que la reivindicatoria es al dominio lo que la acción de petición de herencia es al derecho de herencia. Ambas son reales y ambas están destinadas a proteger derechos reales.

Diferencias que las hacen inconfundibles: 1) En la reivindicatoria se invoca el título de dueño; el que la intenta se dice dueño. En la acción de petición de herencia se invoca a título de heredero;

2) La reivindicatoria se dirige contra el poseedor no dueño; la acción de petición de herencia contra aquél que posee la herencia invocando la calidad de heredero;

3) Es de la esencia de la reivindicatoria su carácter de singular; lo dice expresamente la definición; se reclama un bien determinado. La acción de petición de herencia es una acción universal, va dirigida a recuperar la universalidad de los bienes;

4) Son distintos los plazos de prescripción de una y otra.

Semejanzas con la acción de reforma: ambas son entablas por los herederos; el legatario no puede entablar ni una ni otra.

Diferencias: 1) La acción de reforma es personal; la acción de petición de herencia es real.

2) La de reforma no corresponde a todo heredero, sino exclusivamente al legitimario; la acción de petición de herencia corresponde a cualquier heredero, independiente de su carácter de legitimario o no;

3) La de reforma se presenta sólo cuando hay sucesión testamentaria; la acción de petición de herencia puede presentarse en la sucesión testamentaria o abintestato;

4) También son distintos los plazos de prescripción, porque la de reforma prescribe en 4 años.

Tan distintas son, que no hay inconveniente para que un heredero pueda entablarlas conjuntamente. La de reforma, para que se deje sin efecto el testamento en las cláusulas que perjudican a su legítima, y al mismo tiempo, la de petición de herencia, porque es heredero y pide la restitución de la cosa heredada. La Corte Suprema así lo ha dictaminado: 30 de abril de 1925, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 27, sección I, página 73.

Quién puede entablar la acción de petición de herencia.—Corresponde al heredero, y poco importa qué clase de heredero sea: abintestato o testamentario, universal o de cuota o del remanente, o por acrecimiento, sustitución o representación. La única exigencia es que tenga el carácter de heredero. El legatario no podría nunca entablarla. Si es de especie, tendrá la acción reivindicatoria; si es de género, la acción personal contra los herederos. La jurisprudencia lo ha resuelto así: 31 de julio de 1866, Gaceta de 1866, página 556, N.º 1,286, Corte de Apelaciones de Santiago.

Pero es evidente que el heredero condicional, mientras está pendiente su condición, no podría entablarla, porque la condición suspensiva produce el efecto de suspender la petición de la herencia. Sólo podrá entablarla una vez que se cumpla la condición y pase a ser heredero puro y simple.

Además, también podría entablarla aquél a quien se hubiere hecho una donación revocable a título universal, porque, en conformidad al artículo 1,142, este donatario se mira como heredero.

Contra quién se dirige.—Contra aquél que está poseyendo la herencia invocando su calidad de heredero. Por eso es evidente que no podría dirigirse contra el cesionario del falso heredero, porque éste no dice que posee la herencia por ser heredero, sino porque compró al tercero los derechos hereditarios. Por ejemplo: Pedro es verdadero heredero; Juan es

falso heredero; Diego es cesionario de Juan. Pedro no podría entablar la acción de petición de herencia contra Diego, porque éste diría que no es heredero, que no pretende tal, sino que ha adquirido los bienes y es titular del derecho porque ha comprado a Juan, es su cesionario. Así también lo ha resuelto la jurisprudencia: 13 de junio de 1887, Gaceta de 1887, página 883, N.º 1,428, tomo I.

Efectos de la acción de petición de herencia.—En conformidad al artículo 1,264, por medio de la acción de petición de herencia el heredero pide que se le adjudique la herencia y se le restituyan todos los bienes corporales e incorporales que la herencia comprendiere y aquéllos de que el causante sólo era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños. En una palabra, el falso heredero está obligado a devolver el haz de la herencia.

El artículo 1,264 no ha sido muy jurídico al decir que pide "se le adjudique la herencia". Porque la expresión "adjudicación" tiene jurídicamente otro sentido. En realidad, ha sido más bien un modus dicendi, una manera de expresarse. No está, pues, tomada en sentido jurídico.

En seguida, en conformidad al artículo 1,265, también el falso heredero vencido está obligado a devolver todo lo que hubiere aumentado a la herencia después del fallecimiento del causante.

En lo tocante a la restitución de los frutos y abono de mejoras, en conformidad al artículo 1,266 se siguen las mismas reglas que en la acción reivindicatoria, esto es, las reglas de las prestaciones mutuas, contempladas en los artículos 904 y siguientes. Y, por lo tanto, habrá que distinguir si el poseedor estaba de buena fe: conserva los frutos percibidos antes de la contestación a la demanda; o de mala fe: está obligado a devolver todos los frutos, y no sólo los percibidos, sino los que con media inteligencia y actividad hubiera podido percibir el dueño de estar la cosa en su poder. Respecto de las mejoras, esté de buena o mala fe, está obligado a devolver las mejoras necesarias; si está de buena fe, el poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda; y en cuanto a las mejoras voluntarias, el propietario no será obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe.

Puede suceder que el falso heredero haya hecho enajenaciones o que la cosa se haya deteriorado: en conformidad al artículo 1,267, el verdadero heredero tiene derecho a que el poseedor de mala fe le restituya el valor de los bienes y le responda de los deterioros que la cosa hubiere sufrido, y respecto del poseedor de buena fe, sólo en cuanto se hubiere hecho más rico con las enajenaciones o deterioros.

Respecto de los deterioros, hay una regla interesante: el poseedor de

mala fe está obligado a indemnizar al verdadero heredero de los deterioros sea que se produzcan por caso fortuito o culpa, porque el artículo 1,267 no distingue. En cambio, según el artículo 906, el poseedor de mala fe sólo está obligado a responder de los deterioros cuando se producen por su hecho o culpa.

¿Qué valor tienen los actos que ejecuta el heredero aparente?—

Por ejemplo, si vende un bien hereditario, ¿es válida la venta? El artículo 1,268 declara que esta venta se considera hecha por quien no era dueño. No se puede decir que adolezca de nulidad, sino que conserva el heredero la acción reivindicatoria para entablarla contra terceros. Y he aquí lo que es importante: *el verdadero heredero puede entablar estas dos acciones: la acción de petición de herencia contra el falso heredero, y la reivindicatoria contra los terceros que hubieren adquirido del falso heredero.* Ambas acciones no se hacen fuego, porque una se entabla invocando la calidad de heredero, y la otra, la de dueño.

Como acciones independientes, también prescriben independientemente, y no podría sostenerse que la reivindicatoria vaya a prescribir en **15** años en este caso, sino que prescribirá en conformidad a sus plazos propios (artículo 2,517). Lo ha resuelto la Corte Suprema: 22 de mayo de 1929, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 27, sección I, página 336.

Esta acción que tiene el verdadero heredero triunfante en contra de los terceros, es sin perjuicio de la acción personal que puede entablar contra el falso heredero para que le indemnice de las enajenaciones hechas, según lo dispone el inciso 2.º del artículo 1,268. Si con la acción contra los terceros no se resarce plenamente de los perjuicios, puede repetir contra el falso heredero de mala fe para que le complete la indemnización. Y la misma regla se aplica al que ocupó la herencia de buena fe cuando se hubiere hecho más rico.

Los pagos que se hagan por deudas hereditarias al falso heredero son válidos, en conformidad al artículo 1,576, que dice que se puede hacer el pago a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. Si un tercero cree que es verdaderamente heredero y paga, ha pagado bien.

[índice](#)

CAPITULO VI

DE LOS ALBACEAS O EJECUTORES TESTAMENTARIOS

Concepto.—En conformidad al artículo 1,270, los albaceas o ejecutores testamentarios son las personas encargadas por el testador de ejecutar sus disposiciones.

Origen histórico.—El origen histórico de los albaceas es incierto. Algunos autores le atribuyen origen romano; otros, germánico; otros, francés; ciertos escritores ven un origen canónico; y, finalmente, hay personas que le señalan al albaceazgo un origen mixto: debido en parte, dice Monnier, a las concepciones romanas, en parte a las germánicas, y en parte a las concepciones cristianas. Mantel cree que son dos las fuentes generadoras del albaceazgo: la germánica y la romana; pero, agrega, el impulso verdadero de esta institución se debe al Derecho Canónico y a la Iglesia.

En el Derecho Español antiguo los albaceas eran llamados también “cabezaleros” o “mansesores”.

La palabra “albacea” viene del árabe; significa el que hace cabeza; de ahí lo de “cabezalero”.

Diferencias entre el albaceazgo y el mandato.—El albaceazgo tiene parecido con el mandato. Hay un encargo que el testador hace al albacea: “... a quienes el testador da el encargo...” Como en el mandato hay encargo del mandante al mandatario. Pero, en todo caso, un mandato que presenta características especiales y que se diferencia del mandato ordinario, principalmente en lo que sigue:

1) El mandato es un contrato de carácter consensual, excepcionalmente solemne; lo dispone el artículo 2,132. En cambio, el albaceazgo es solemne, porque sólo puede instituirse albacea en el testamento, y éste es solemne.

2) El mandato puede revocarse según el arbitrio del mandante. El albaceazgo sólo se puede revocar por medio de otro testamento, y una vez que fallezca el causante queda a firme e irrevocable.

3) El mandato, conforme al artículo 2,158, termina precisamente por

el fallecimiento del mandante. En el albaceazgo es el fallecimiento del testador el que le da vida; sólo va a producir sus efectos una vez que fallezca el causante.

4) En el mandato, el mandante puede a su arbitrio ampliar o restringir las facultades del mandatario; puede darle poderes restringidos o bien poderes omnímodos. En el albaceazgo, el albacea no puede tener ni más ni menos facultades que las que establece el legislador, y el testador no puede limitarlas ni ampliarlas; son de orden público.

5) En conformidad al artículo 2,128, un relativamente incapaz puede ser mandatario; sólo un absolutamente incapaz no puede serlo. En cambio, sólo puede ser albacea el que tenga plena capacidad.

Características principales del albaceazgo.—1) El albaceazgo, en cuanto a su constitución, es un acto solemne, porque sólo puede constituirse en el testamento, y éste por su esencia es solemne. Naturalmente que es indiferente la clase de testamento que se otorgue; puede constituirse albacea en testamento solemne o privilegiado. En consecuencia, no sería válido un albaceazgo constituido en escritura pública. Algo sinónimo a lo que sucede en el desheredamiento, que es una cláusula testamentaria que no puede instituirse en escritura pública.

Pero no es forzoso que el albacea se constituya en el mismo testamento en que el testador dispone de sus bienes. El testador puede haber hecho ya testamento para disponer de sus bienes, y con posterioridad en un nuevo testamento se limita a nombrar el albacea. Es posible y lícito.

2) Estamos en presencia de un verdadero mandato póstumo, porque precisamente produce efectos una vez que fallece el mandante (testador). Mandato póstumo al cual se refiere el artículo 2,169. Por eso decíamos que hace excepción a la regla general que el mandato expira por la muerte del mandante.

3) Tiene el carácter de intransmisible, según lo dispone el artículo 1,279. A virtud de esta intransmisibilidad, no pasan los derechos y obligaciones del albacea a sus herederos. Fallecido, no pueden éstos continuar en el ejercicio del cargo. Razón: porque el albaceazgo es una institución fundada en la confianza que el testador presta al albacea; porque precisamente se instituyó el albacea ante el temor de que los herederos ejecutaran las disposiciones testamentarias, y por esto no le da lo mismo al testador que las ejecuten el albacea nombrado por él o sus herederos. Se trata de un acto intuitu-personæ.

4) Por esta misma razón, el artículo 1,280 establece que el albaceazgo es indelegable. Si no puede transmitirse a los herederos, con menos razón podrá el albacea delegar su cargo en terceras personas. Pero el carácter de

inedelegable no obsta para que en el desempeño de su cargo pueda el albacea nombrar dos o más mandatarios, pero que actúan bajo su directa responsabilidad; el albacea responde a la sucesión del desempeño de sus mandatarios. Es lo que dispone el artículo 1,280.

5) El albaceazgo es una institución remunerada. Porque, por regla general, da bastante trabajo y preocupación. La remuneración, en conformidad al artículo 1,302, será en primer término la que fije el testador, y a falta de fijación por el testador, le corresponde al juez determinarla; y para hacerla tomará en cuenta el trabajo que le ha tocado en el desempeño del cargo y el caudal de la masa hereditaria.

Respecto de la remuneración, puede presentarse una cuestión. Bien puede que el testador, en pago de los servicios, haga al albacea una asignación. Es posible. De modo que la remuneración puede ser establecida por el testador en dos formas: remunerando lisa y llanamente. "Estimo los servicios del albacea en 100", o estableciéndolo asignatario: "Lego mi auto al albacea en pago de sus servicios". La cuestión es: si el albacea es incapaz de recibir asignaciones, ¿podrá recibir ésta? El artículo 966 dice que es nula la asignación que se hace a un incapaz aun cuando se le disfraza de un contrato oneroso o se haga por interposita persona. Y podría juzgarse que esta asignación al albacea se disfraza de un contrato oneroso. Pero parece que sería válida, porque no es a título gratuito, sino que se hace para recompensar servicios; y no se aplicaría el artículo 966.

6) Es una institución sometida a plazo fijo y determinado. Naturalmente que el primero que tiene derecho a imponer el plazo es el testador; lo dispone el artículo 1,303. Ante el silencio del testador, la ley señala el plazo de un año, contado desde que el albacea empieza a ejercer sus funciones (artículo 1,304). Y, en conformidad al 1,305, el juez tiene facultad de ampliarlo en caso que hubiere tenido el albacea inconvenientes graves en el ejercicio de su cargo.

7) Las facultades del albacea son de orden público. El artículo 1,298 establece expresamente que el testador no puede ampliar ni restringir las facultades del albacea, sino que se somete a las reglas que indica el Código. Consecuente, el artículo 1,309 dice que el testador no puede eximir al albacea de la obligación de rendir cuentas de su albaceazgo. La verdad es que no se ve claramente la razón de ser de la disposición del 1,298; no se ve qué peligro ofrecería el que el testador pudiera ampliar o restringir estas facultades. Obedece ella más bien a razones de rutina, que se conservan del Derecho Español.

8) En conformidad al artículo 1,277, puede el albacea rechazar el nombramiento de que ha sido objeto. No está forzosamente obligado a aceptarlo. Pero, en conformidad al inciso 2.º, si rechaza sin probar grave inconveniente,

se hace indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 971, inciso 2.º Aquí el legislador ha omitido indicar qué se entiende por inconveniente grave. En consecuencia, corresponderá al juez en cada caso particular determinararlo.

Nota de aceptar

Puede acontecer que el albacea nombrado en el testamento no se pronuncie, no declare si acepta a repudia: el artículo 1,276 da derecho a los herederos o cualquier interesado en la sucesión para que se requiera por el juez al albacea respecto de si acepta o no. Lo contrario sería dejar en suspenso la institución por largo plazo. Para evitar el inconveniente de esta incertidumbre, se consagra este derecho del artículo 1,276. Y si el albacea está en mora de responder a este requerimiento, caducará el nombramiento, dice el mismo artículo. Algo sinónimo con lo que establece el artículo 1,233 respecto a la aceptación o repudiación de las asignaciones: si el asignatario está en mora de declarar si acepta o repudia la asignación, se entiende que la repudia.

Aceptación expresa o tácita

En conformidad al artículo 1,278, la aceptación del albaceazgo es expresa o tácita. Si el albacea acepta expresamente, está entonces obligado a desempeñar el cargo. No ha dicho el legislador en qué consiste la aceptación tácita. Por analogía, puede aplicarse la regla de la aceptación tácita de las herencias que contiene el artículo 1,241, y decir que habrá aceptación tácita del albaceazgo cuando el albacea ejecuta ciertos actos que manifiesten su voluntad de aceptar y los cuales sólo tendría derecho a ejecutar en su calidad de albacea. Por ejemplo, si solicita el inventario, si publica avisos dando conocimiento de la apertura de la sucesión, si solicita medidas conservativas.

El inciso 2.º del artículo 1,278 establece que en caso de dimisión por causa legítima del albacea, sólo se le privará de una parte proporcionada de la asignación que se le ha hecho en recompensa del servicio. Parece lógico determinar que este inciso 2.º sólo se refiere al caso en que la dimisión por causa legítima del albacea se produzca una vez que esté ejercitando el albaceazgo. Porque si se produce antes, hay propiamente renuncia, y no tendría derecho a remuneración.

Cuando el albacea acepta, está obligado a desempeñar el cargo, "excepto en los casos en que es lícito al mandatario exonerarse del suyo", agrega el artículo 2,167, que se pone en el caso de que al mandatario le sobrevenga una enfermedad grave que lo imposibilite para el ejercicio del cargo, o que el mandato le causa un grave perjuicio a sus intereses. En estos casos, no está obligado a aceptar el albacea.

En conformidad a los artículos 1,281, 1,282 y 1,283, pueden existir dos o más albaceas nombrados por el testamento y que vayan a ejecutar sus funciones coetáneamente, sea en forma conjunta o separada. Tampoco hay in-

conveniente para que el testador designe substitutos de albacea. Nombra a Pedro; si falta Pedro, a Juan, y así sucesivamente.

Las incapacidades para ser albacea.—Por regla general, toda persona puede ser albacea. La excepción es la incapacidad. Lo que acontece en todos los actos jurídicos.

Bajo la sola vigencia del Código Civil, solamente las personas naturales podían ser albaceas; pero nunca ninguna persona jurídica. Hoy, a virtud de la reforma de la ley 4,827 (artículo 1.º, letra f), se permite a los Bancos comerciales y a los Bancos hipotecarios ser "albaceas con o sin tenencia de bienes y administradores pro-indiviso".

En seguida, en conformidad al artículo 1,272, no puede ser albacea el menor, ~~aun cuando esté habilitado de edad. Es una de las pocas diferencias entre el menor habilitado y el mayor de veinticinco años. Concuerda esta disposición con el artículo 297.~~

En conformidad al inciso 2.º, tampoco pueden ser albaceas las personas designadas en los artículos 497 y 498: aquellos incapaces para ser tutores o curadores.

En conformidad al artículo 1,273, la mujer casada puede ser albacea con autorización de su marido o de la justicia en subsidio. Pero, en cualquiera forma que ejerza el albaceazgo, sólo obligará sus bienes propios en el ejercicio de estas funciones. El artículo 1,273 constituye una marcada excepción al artículo 146, porque éste sienta el principio general que si la mujer actúa autorizada por su marido o la justicia en subsidio, se obligan los bienes del marido y la sociedad conyugal. Esta regla no se aplica al albaceazgo por razones que no se alcanzan a comprender.

Parece evidente que la mujer puede ejecutar, después de obtenida la autorización marital o judicial, todos los actos necesarios para ejercer el cargo de albacea. No es necesario que para cada acto particular solicite autorización. Basta con la autorización general al entrar en el cargo.

El artículo 1,274 se pone en el caso que la viuda sea albacea de los bienes de su marido y después pase a segundas nupcias. Pierde el cargo. El legislador mira con mucho recelo las segundas nupcias de la mujer. Recordemos que también pierde la patria potestad de los hijos.

Las diversas clases de albaceas.—En nuestra legislación sólo existen los albaceas testamentarios, y en caso que no haya albacea nombrado en el testamento, el artículo 1,271 establece que los herederos ejercerán las funciones de tal, pero no en calidad de albaceas, sino como herederos que tienen interés en la sucesión. En su carácter de herederos, y no de albacea,

porque en nuestra legislación no existen los albaceas legales ni dativos. Existían en el Derecho Español.

En seguida, los albaceas pueden ser con tenencia de bienes y sin tenencia de bienes. La diferencia es de capital importancia. En primer lugar, porque habiendo albacea sin tenencia de bienes, si los herederos no aceptan la sucesión dentro de quince días, puede declararse yacente la herencia; en cambio, la existencia de un albacea con tenencia de bienes impide que se declare yacente la herencia, porque es condición esencial para que se declare yacente la herencia que no haya albacea con tenencia de bienes. En segundo lugar, porque el albacea con tenencia de bienes tiene mayores facultades que el otro; en general, las facultades del albacea con tenencia de bienes son las mismas del curador de bienes.

También los albaceas pueden ser albaceas propiamente tales y albaceas fiduciarios. Este título VIII se refiere al albacea propiamente tal, y el siguiente al albacea fiduciario.

Atribuciones de los albaceas.—Hay que tener en cuenta dos reglas generales:

1) Como lo establece el artículo 1,298, el testador no puede modificar los derechos y obligaciones del albacea establecidos por la ley; son de orden público y no admiten derogación;

2) En conformidad a lo dispuesto en los artículos 1,281, 1,282 y 1,283, puede haber pluralidad de albaceas.

En este caso de pluralidad de albaceas, si el testador o el juez les han dividido las funciones, puede actuar cada uno independientemente. Pero si las funciones no les han sido divididas, entonces están obligados a actuar conjuntamente, y se aplica lo dispuesto en el artículo 413, que se refiere al caso que existan varios tutores o curadores. Según este artículo, pueden conferir mandato a uno de ellos, pero se entiende que obran conjuntamente. En caso de producirse discordia, resuelve el juez.

Para estudiar en detalle las atribuciones y obligaciones de los albaceas, hay que distinguir entre los que tienen tenencia de bienes y aquéllos que no la tienen.

FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS ALBACEAS QUE NO TIENEN TENENCIA DE BIENES

Facultades conservativas.—En primer término, gozan de ciertas facultades conservativas que tienen por objeto defender los derechos de los interesados en la sucesión, sean éstos los mismos herederos o acreedores hereditarios.

1) De acuerdo con esta primera facultad, el artículo 1,284 obliga al albacea a velar por la seguridad de los bienes comprendidos en la sucesión, y en seguida, por la guarda y cuidado de los dineros, muebles y papeles de la misma.

2) En conformidad al artículo 1,284, deben también cuidar de que se haga inventario solemne de los bienes, salvo el caso que los herederos absolutamente capaces acuerden que no se haga este inventario. Este artículo 1,284 concuerda con el artículo 1,766, ubicado en la sociedad conyugal, que establece la exigencia del inventario solemne cuando los interesados son absoluta o relativamente incapaces. De modo que no se atiende aquí para exigir inventario solemne a la cuantía de los bienes, sino que se atiende a si existen o no incapaces entre los interesados. Así se desprende de los artículos 1,766 y 1,284.

3) De acuerdo con el artículo 1,285, deben proceder a dar noticia en los diarios de la apertura de la sucesión y a citar a los acreedores conocidos por edictos publicados en los diarios. (Estas noticias y publicaciones se pueden ver en la sección judicial de los periódicos).

4) Dentro de las medidas conservativas del albacea figura la contemplada en el artículo 1,286, según el cual, sea que el testador haya encomendado o no al albacea el pago de sus deudas, está obligado a velar por que en la partición se establezca una hijuela pagadora de las deudas conocidas.

En cuanto a la sanción por la omisión de estas obligaciones, el artículo 1,287 establece que el albacea tendrá que indemnizar a los acreedores de todos los perjuicios que les ocasione por este motivo. Una sentencia de la Gaceta de 1867, N.º 1,929, página 1,829, resolvió que cuando el albacea no cumple con sus obligaciones puede ser removido del cargo.

Facultades relacionadas con la ejecución del testamento.—Un segundo grupo de atribuciones de los albaceas lo comprenden las relacionadas con la ejecución del testamento, atribuciones características de los albaceas y que pueden referirse a dos circunstancias: a) al pago de los legados, y b) al pago de las deudas hereditarias.

a) Al pago de los legados se refiere el artículo 1,290, y pueden presentarse respecto de él dos situaciones:

1) Que el testador expresamente le hubiere encargado al albacea el pago de los legados. En este caso, el albacea tiene derecho a reclamar de los herederos la especie legada o el dinero suficiente para cumplir con el legado. Pero los herederos pueden exonerarse de esta obligación acompañando la cuenta de pago de la cual conste que ellos ya han cumplido los legados dejados por el testador. Esta misma regla se aplica cuando el testador no le

hubiera impuesto a un heredero determinado la obligación de pagar los legados.

2) Que el testador le hubiere impuesto a un heredero determinado la obligación de pagar los legados. En este caso, la obligación del albacea, aplicando la regla general del artículo 1,270, se reduce a requerir al heredero para que cumpla la disposición del testamento.

El artículo 1,291 establece que si hubiere legados de beneficencia, el albacea tiene la obligación de poner en conocimiento de los beneficiarios la institución de estos legados.

El artículo 1,292 contempla el caso en que se hubiere dejado un legado bajo condición o a plazo y temiere el albacea que se destruya el bien legado o que no lo cumplan los herederos: en este caso, podrá reclamar de la justicia las medidas conducentes para que se cumplan estos legados.

Ahora bien, parece inconcuso, según nuestro criterio, que los legatarios no podrían demandar al albacea por el cumplimiento de los legados. La demanda tendrían que dirigirla directamente contra los herederos, porque son éstos los que están obligados a pagar los legados. El albacea no es más que un mero ejecutor testamentario.

Las facultades judiciales del albacea sin tenencia de bienes son muy restringidas, y en ellas no queda comprendida la de poder entrar a un juicio para ver si está o no obligado a pagar un legado. La demanda para el pago de un legado debe dirigirse contra los herederos.

b) Con respecto al pago de las deudas hereditarias, pueden presentarse también dos situaciones:

1) Que el testador le hubiere impuesto al albacea dicho pago. En este caso, en conformidad al artículo 1,288, para hacerlo debe proceder de acuerdo con los demás herederos o con el curador de la herencia yacente. De donde se desprende que en realidad los que pagan las deudas hereditarias son los herederos.

También es evidente que los acreedores hereditarios no podrán dirigir la demanda contra el albacea para el pago de las deudas hereditarias. Este punto lo resuelve expresamente el artículo 1,289, según el cual, aun cuando se le hubiere encargado al albacea el pago de las deudas, siempre conservan los acreedores el derecho de dirigirse en contra de los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarlas.

2) Que el testador no le hubiere encargado este pago. Rige entonces el artículo 1,286, según el cual el albacea está obligado a velar por que en la partición se forme una hijuela pagadora de las deudas hereditarias.

¿Puede el albacea vender los bienes hereditarios? La regla general es la negativa. En conformidad a los artículos 1,293, 1,294 y 394, excepcio-

nalmente puede el albacea venderlos, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que en conformidad al artículo 1,293 sea necesaria e indispensable la venta de estos bienes para proceder al pago de los legados o deudas testamentarias;

b) Que al hacerse esta venta proceda el albacea con consentimiento de los herederos, según lo dispone el mismo artículo 1,293. No podrá el albacea, aun invocando causas extremas de necesidad, proceder a vender los bienes hereditarios si no es con consentimiento de los herederos;

c) Que, tratándose de bienes raíces, la venta se haga con autorización judicial y en pública subasta, a virtud de la referencia que hace el artículo 1,294 al 394. Pero parece que no se requiere autorización judicial en el caso del albacea, a diferencia del caso del curador, que requiere autorización judicial y pública subasta. Para el albacea precisa autorización de los herederos, y pública subasta.

Facultades judiciales del albacea.—Están determinadas en el artículo 1,295, y se reducen a dos:

1) Sólo excepcionalmente puede comparecer en juicio, ^{de la que se le hace con intervención de los herederos, prescrites o del curador} para defender la validez del testamento. Si se entabla una acción de nulidad del testamento, el albacea tiene personería para comparecer en juicio y defender la validez del testamento. Y si después resulta que la sentencia declara nulo el testamento, esto no obstante el albacea tiene derecho a cobrar honorarios por su defensa (Corte Suprema, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 4, sección I, página 351).

Como el albacea sólo puede comparecer en juicio para defender la validez del testamento, no podría dirigirse en su contra una acción destinada a obtener la reforma del mismo. Esta acción debe dirigirse contra los herederos instituidos, porque la acción de reforma es distinta de la acción de nulidad. Así lo ha resuelto la jurisprudencia: Gaceta de 1918, página 1,517, sentencia N.º 491.

2) También puede comparecer en juicio para que se ejecuten las disposiciones testamentarias. Esta facultad, como la anterior, es igualmente excepcional. Y fuera de estos dos casos, el albacea sin tenencia de bienes no puede comparecer en juicio.

Prohibiciones.—Estos albaceas están sujetos a ciertas prohibiciones. Una de ellas es la contemplada en el artículo 1,301, según el cual se prohíbe al albacea ejecutar disposiciones del testador que vayan contra la ley, porque se presume dolo de parte del albacea. Por regla general, el dolo no se pre-

sume; por eso, este artículo tiene carácter excepcional, como asimismo el artículo 968, que presume dolo por ocultación del testamento.

Otra prohibición resulta de relacionar el artículo 1,294 con el artículo 412. Según el artículo 1,294, se aplica a los albaceas lo dispuesto en el artículo 412, y de acuerdo con éste, en principio no puede el albacea celebrar contrato con la sucesión, ni tampoco sus parientes, salvo el caso que lo haga autorizado por los otros albaceas o por la justicia en subsidio.

Pero con respecto a la compra de bienes de la sucesión, se presenta una pequeña dificultad. Porque, en conformidad al artículo 1,294, la compra de los bienes de la sucesión se rige por el artículo 412, el cual la prohíbe en términos absolutos, porque establece que el curador o tutor no puede comprar los bienes del pupilo ni aun con autorización judicial ni de los otros tutores y curadores. Pero, en conformidad al artículo 1,800, la compra de bienes que hacen los síndicos, los mediadores y los albaceas se rige por el artículo 2,144, según el cual pueden comprar los bienes con el consentimiento del mandante. De modo, entonces, que la omisión de la autorización del mandante traería consigo la nulidad relativa de la compra; en cambio, si se aplica el artículo 412, hay nulidad absoluta, y nunca jamás el albacea podrá comprar bienes de la sucesión.

En presencia de esta anomalía, consideramos que debe aplicarse el artículo 412, por dos razones:

1) Porque una disposición especial prima sobre la general: el artículo 1,800 habla de mandatarios, síndicos y albaceas; en cambio, el artículo 1,294, al referirse al 412, es disposición especial;

2) Porque prácticamente es imposible aplicar el artículo 2,144 al caso de los albaceas, pues esa disposición valida la compraventa, siempre que se haga con la autorización del mandante, y en este caso del albaceazgo el mandante es el testador, que ya ha fallecido; de manera que para salvar la dificultad habría que recurrir a los herederos, con lo cual nos alejamos del texto de la ley. La jurisprudencia ha resuelto que esta prohibición de comprar bienes de la sucesión no se aplica cuando el albacea es al mismo tiempo albacea y heredero, lo que es frecuente (Gaceta de 1920, primer semestre, página 25, sentencia N.º 5).

Tercera prohibición: el albacea no puede comparecer en juicio sino para defender la validez del testamento o para pedir que se ejecuten las disposiciones testamentarias.

EL ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES

Facultades.—En conformidad al artículo 1,296, el albacea con tenencia de bienes tiene las mismas facultades que el curador de la herencia ya-

cente; pero también se le aplican las reglas que se estudiaron para los albaceas sin tenencia de bienes. En consecuencia, está sujeto a dos clases de disposiciones:

a) A las reglas de los curadores de la herencia yacente, las facultades de los cuales tiene, pero con una diferencia: no está obligado a rendir caución, salvo el caso del artículo 1,297. Este caso excepcional se presenta cuando los herederos tuvieren justificado temor de que desaparezcan los bienes cuya tenencia se ha dado al albacea. Entonces pueden recurrir al juez para que se obligue al albacea a que rinda caución.

b) A las reglas del albacea sin tenencia de bienes, según lo dice el inciso final del artículo 1,296. Se plantea al respecto la cuestión de determinar si las facultades judiciales del albacea con tenencia de bienes son las que contempla el artículo 1,295 o, por el contrario, las que tiene el curador de la herencia yacente y que contempla el artículo 487. La cuestión tiene mucha importancia, porque las facultades judiciales del curador de la herencia yacente son mucho más amplias que las de los albaceas sin tenencia de bienes. ¿Qué disposición se aplica? Si nos ceñimos estrictamente al inciso 2.º del artículo 1,296, hay que concluir que se aplica el artículo 1,295; por otra parte, como el albacea con tenencia de bienes tiene las facultades del curador de la herencia yacente, habría que aplicar el artículo 487. Según nuestra opinión, se aplica el artículo 487, por esta razón: Cuando existe albacea con tenencia de bienes, ya no hay necesidad de nombrar curador de la herencia yacente, porque la declaración de yacencia tiene por principal objetivo nombrar un curador para que los terceros puedan iniciar sus acciones judiciales contra la sucesión. Como en este caso hay albacea con tenencia de bienes, no podría pedirse la declaración de yacencia de la herencia; y en esta situación, si se aplicara el artículo 1,295, el albacea no podría comparecer en juicio para defender los créditos y obtener el pago de las deudas hereditarias, lo que sería dejar sin representación a la herencia.

RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DE LOS ALBACEAS

En conformidad al artículo 1,299, los albaceas responden hasta de la culpa leve, con lo cual se mantiene el principio de que todo administrador de bienes ajenos responde de esta clase de culpa (los mandatarios, el padre de familia, los tutores y curadores). Cuando existen albaceas conjuntos, en conformidad a los artículos 1,281 y 1,283, la responsabilidad es solidaria. Un caso de solidaridad pasiva, y la misma doctrina del caso de pluralidad de tutores y curadores. Excepcionalmente no responden en forma solidaria cuando el testador expresamente así lo hubiera establecido. Y ésta es la única atenuación que puede hacer el testador a las

obligaciones de los albaceas, porque, por regla general, no puede ampliarlas ni restringirlas. Tampoco tienen esta responsabilidad solidaria cuando el testador o el juez les hubieren dividido las funciones, cuando no van a actuar conjuntamente. También lo establece el artículo 1,281. Pero si el testador los autoriza para que actúen separadamente y la administración es siempre conjunta, no se entiende que cesa la responsabilidad solidaria (artículo 1,283).

En seguida, el inciso 2.º del artículo 1,309 establece que el testador no puede exonerar al albacea de la obligación de rendir cuentas del albaceazgo. Disposición que no hace sino repetir el principio general del artículo 1,298. La jurisprudencia ha resuelto que esta obligación sólo se aplica al albacea con tenencia de bienes. (Gaceta de 1879, página 1,271, N.º 1,812).

Finalmente, en conformidad al artículo 1,310, están obligados los albaceas a pagar el saldo que resulta en su contra o a cobrar el que resulta a su favor, según las reglas que se dan para los tutores y curadores. En otros términos, esta disposición se remite al artículo 424. Porque, después de rendida la cuenta y aprobada por los herederos, puede que resulte un saldo en contra del albacea; en este caso, aplicando la regla del artículo 424, continúa debiendo los intereses corrientes de este saldo. En cambio, si resulta un saldo a su favor, también se le deben los intereses corrientes, pero es necesario que demande el pago, que coloque en mora a los herederos.

La cuenta pueden pedírsela al albacea los herederos o el curador de la herencia yacente. El juicio de rendición de cuentas tiene un procedimiento especial. El albacea tiene un verdadero derecho de opción: o bien rinde cuentas ante la justicia ordinaria, o ante el juez partidario.

La ley de 23 de junio de 1868 que abolió la prisión por deudas en nuestro país, la dejó subsistente sin embargo para el caso, entre otros, de la responsabilidad que le puede afectar al albacea en el ejercicio de su cargo.

TERMINACIÓN DEL ALBACEAZGO

1) Por el fallecimiento del albacea, porque una de las características de esta institución es su intransmisibilidad.

2) Por la dimisión que haga el albacea del ejercicio de su cargo, cuando es por causa legítima.

3) Por incapacidad sobreviniente, en conformidad al artículo 1,275. El albacea, al momento de entrar en el ejercicio del cargo, es capaz, pero con posterioridad le sobreviene una incapacidad.

4) Por vencimiento del plazo, sea éste legal, judicial o fijado por el testador.

5) En conformidad al artículo 1,307, cuando no obstante haber pla-

zo pendiente, se terminan de ejecutar las disposiciones del testador, el albacea ya ha terminado su encargo.

6) Por remoción del albacea, de acuerdo con el artículo 1,300. La remoción puede tener por causa el dolo o culpa grave en que incurra el albacea. Hay una particularidad en este artículo. Sabemos que en los efectos civiles se equipara el dolo a la culpa grave. Aquí se hace diferencia entre ellos. Porque si la causa de la remoción es la culpa grave, su único efecto es que cesa el albaceazgo; en cambio, si es el dolo, se producen estos cuatro efectos: 1) se extingue el albaceazgo; 2) el albacea se hace indigno de suceder al causante; 3) está obligado a indemnizar a los herederos de todo perjuicio; 4) está obligado a reembolsar todo lo que hubiere percibido por remuneración. Como se ve, no es lo mismo para un albacea que se le remueva por dolo o culpa grave.

Como dice el artículo 1,300, la remoción se hace a pedido de los herederos o del curador de la herencia yacente. Y el juicio es ordinario, por cuanto no se ha señalado un procedimiento especial.

índice

Indice: 1303 y 1304

LOS ALBACEA FIDUCIARIOS

Concepto y origen.—Son aquéllas personas a quienes el testador hace un encargo secreto y confidencial. A diferencia de los albaceas propiamente tales, fueron conocidos en el Derecho Romano; se recurría a ellos para hacer legar bienes a personas que eran incapaces de suceder. Encargos secretos y confidenciales que quedan al arbitrio del albacea ejecutar o no. Se han mantenido a través del tiempo, porque prestan utilidad. Algunas personas tienen algún episodio de su vida que puede ser vergonzoso o inconveniente declarar (hijos ilegítimos, por ejemplo), y recurren por eso a un encargo secreto y de confianza.

Condiciones para la validez de la constitución del albaceazgo fiduciario.—Para que el albaceazgo fiduciario sea válido, debe reunir algunas condiciones, tanto en el albacea mismo como en las asignaciones que se hacen. Esto es, condiciones subjetivas y objetivas.

Condiciones subjetivas.—Son dos: 1) En conformidad al artículo 1,312, N.º 1.º, es necesario que el albacea fiduciario se nombre en el testamento. (No había para qué decirlo). Y, por lo tanto, si se nombra en escritura pública, sería nombramiento nulo;

2) Conforme al N.º 2.º, es necesario que el albacea tenga doble capacidad: para ser albacea y legatario. De modo que todas las incapacidades para ser albacea y para suceder son aplicables al albacea fiduciario. Se ha

exigido la capacidad para ser albacea en general porque al albacea fiduciario se le hace un encargo por el testador; y la capacidad para ser legatario, porque el legislador temió que, al instituirse un albacea fiduciario, no quisiese sino disfrazarse una asignación a un incapaz, que no hubiere tal encargo secreto. En conformidad a esto, la Corte Suprema (5 de julio de 1909, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 17, sección I, página 287). resolvió que no podía ser albacea fiduciario el testigo del testamento, porque, en conformidad al artículo 1,061, no puede el testigo recibir asignación alguna y, en consecuencia, tampoco puede ser albacea fiduciario.

Condiciones objetivas.—Son: 1) Es necesario que se haga un encargo secreto y confidencial, porque precisamente el hecho de hacerlo es lo que caracteriza a la institución. Por eso, si el testador dice que deja 100 a Pedro como albacea con la condición de que los aplique al fin que crea conveniente, no hay albaceazgo fiduciario, porque no hay encargo secreto y confidencial (Gaceta de 1907, tomo 2, N.º 2,561);

2) En conformidad al N.º 3.º del artículo 1,312, es necesario que se indiquen las cantidades o especies que se destinan para cumplir el encargo.

Se presenta una pequeña dificultad. Por disposición del artículo 1,056, todo asignatario debe ser persona cierta y determinada. ¿Y dónde está la certidumbre en el albaceazgo fiduciario? Mal puede haber determinación y certidumbre desde que el albacea no está obligado a declarar el nombre del asignatario ni tampoco cuáles son los encargos secretos. Algunos creen que la certidumbre y determinación se cumplen considerándose que el asignatario es el albacea fiduciario. Otros—parece ser la opinión más lógica—estiman que el caso del albacea fiduciario es una excepción a la regla del artículo 1,056, y que por la misma naturaleza del albaceazgo fiduciario no se requiere que esté determinado y sea persona cierta el asignatario.

No puede considerarse que el albacea fiduciario sea el asignatario, porque si así lo decidimos, se iba a confundir el albaceazgo fiduciario con una asignación modal. Hay cierto parecido entre ambos. Pero se diferencian profundamente, porque en la asignación modal el asignatario es aquél que recibe los bienes, y aquél a quien se aplica el modo no es asignatario, sino el beneficiario. En el albaceazgo acontece lo contrario: el albacea no es el asignatario, sino lo es el que se beneficia con el encargo. Si decidimos que el asignatario es el albacea fiduciario, vendrían a confundirse dos situaciones distintas y que el legislador ha entendido así desde que las trata aparte.

¿Tiene algún límite el testador para dejar encargos secretos?—

El artículo 1,313 dice que no puede destinar más de la mitad de lo que

puede disponer a su arbitrio. Por lo tanto, para ver qué suma puede disponer, hay que distinguir tres casos:

a) Si no tiene asignatarios forzosos, podrá disponer de la mitad de los bienes; *aus. for.*

b) Si hay legitimarios pero que no son descendientes legítimos, la parte de libre disposición es la mitad, y podrá destinar entonces la cuarta parte de sus bienes;

c) Si hay legitimarios que son descendientes legítimos, como la parte de libre disposición sólo alcanza a la cuarta parte, podrá destinar la octava parte de la herencia.

Con motivo de este artículo 1,313 se ha planteado una cuestión que en un principio hizo vacilar a la jurisprudencia: saber si se puede hacer una asignación a título universal destinada a cumplir encargos secretos y confidenciales. Por ejemplo, si sería válida esta cláusula: "Dejo a mi albacea Pedro la cuarta parte de mis bienes para que la destine a los encargos que le he hecho secreta y confidencialmente". Parece que la negativa se impone, y debe decidirse que las asignaciones para encargos secretos y confidenciales sólo pueden ser legados, ya sean de especie o cuerpo cierto o de género. Hay varias razones para concluirlo así:

1) El N.º 3.º del artículo 1,312 indica, por su sola redacción, que sólo puede dedicarse a encargos secretos y confidenciales especies o cantidades determinadas.

2) En conformidad al N.º 2.º del mismo artículo, el albacea, para ser tal, debe tener la capacidad del albacea ordinario y además la necesaria para recibir legados. Se ha criticado al legislador que haya dicho capacidad necesaria para ser legatario. Porque la capacidad para recibir legados es la misma que para recibir herencias. Pudo decir capacidad para suceder o ser asignatario. Pero dijo capacidad para recibir legados porque únicamente pueden destinarse legados a encargos secretos y confidenciales. Esta es la razón de la forma de redacción del N.º 2.º

3) Se llegaría a absurdos muy manifiestos si pudiesen destinarse una herencia o una cuota de la herencia a encargos secretos y confidenciales, porque los acreedores hereditarios, ignorando quién es el asignatario, no podrían perseguirlo para el pago. Sería una forma de burlar la responsabilidad de los herederos. Ni tampoco podría obligarse al albacea a que declarara quién es el asignatario.

4) La jurisprudencia está de acuerdo con esta opinión; por vía de ejemplo: sentencia de Gaceta de 1906, tomo 2, página 514, N.º 317 y "Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 6, sección I, pág. 141.

Obligación del albacea fiduciario. Caución juratoria.—La obli-

gación que jamás puede faltar en el albaceazgo fiduciario es la contemplada en el artículo 1,314, según el cual es condición previa para que al albacea se entreguen los bienes destinados a los encargos secretos y confidenciales, que preste juramento; y deberá jurar sobre tres hechos:

- a) Que los encargos no son con fines ilícitos;
- b) Que no van a beneficiar a incapaces;
- c) Que va a desempeñar el cargo fiel y legalmente.

El legislador hace jurar al albacea que los bienes no van a ir a manos de un incapaz, pero no se refiere al caso del indigno. No es una omisión. La razón está en que la indignidad se puede perdonar por medio de una asignación posterior; y, por lo tanto, si se deja una asignación secreta a un indigno, por este solo hecho ha desaparecido la indignidad.

Si el albacea fiduciario se niega a prestar juramento, lisa y llanamente caducará el albaceazgo fiduciario (inciso final del artículo 1,314). El juramento es de la esencia. Porque la institución está basada en la confianza y honor del albacea. Dentro de los tutores y curadores tiene igual valor el juramento.

La otra obligación que puede haber, pero que no es esencial, es la indicada en el artículo 1,315: En ciertos casos, a pedido de los herederos, del albacea general o del curador de la herencia yacente, y con algún justo motivo, el albacea fiduciario puede ser obligado a rendir fianza, la cual ascenderá a la cuarta parte de los bienes que por razón del encargo recibe. Si se le entregan 200 para cumplir los encargos secretos y confidenciales, debe rendir una fianza de 50. Fianza que tiene por objeto responder de una posible acción de reforma o de las deudas hereditarias. Como es una fianza legal, puede reemplazarse por una hipoteca o una prenda.

Según lo dispone el artículo 1,315, esta fianza dura cuatro años, pasados los cuales el albacea fiduciario puede pedir su devolución. La razón de estos cuatro años está en que la acción de reforma, que ha sido su objetivo, prescribe en cuatro años.

Cómo termina el albaceazgo fiduciario.—En general, por las mismas razones que termina el albaceazgo propiamente tal. También en el caso de no prestarse juramento, como lo dispone el artículo 1,314. Igualmente, una vez que se cumple el encargo.

Pero, en conformidad al artículo 1,316, el albacea fiduciario no está obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto ni a rendir cuenta del desempeño de su cometido. Porque la obligación de rendir cuentas equivaldría a la obligación de revelar el encargo secreto.

¿Qué sanción habría para el caso que el testador destinara a los encargos secretos más de la cantidad permitida por el artículo 1,313; que desti-

nara a un albaceazgo fiduciario más allá de la mitad de lo que el testador puede disponer libremente? La jurisprudencia con razón ha dicho que la sanción consiste en que sea nula la cláusula testamentaria en lo que excede a esa parte; pero válida hasta la mitad de lo que pudo disponer libremente. (Gaceta de 1921, página 929, sentencia N.º 219). [índice](#)

CAPITULO VII

DE LA PARTICION DE BIENES

Referencia a la copropiedad o indivisión.—Materia del primer año fué el estudio de la comunidad o copropiedad, forma especial que reviste el derecho de propiedad cuando existen dos o más titulares con respecto a un mismo derecho de propiedad. Su característica distintiva está en que los derechos de los diversos titulares o comuneros son derechos de la misma naturaleza, derechos análogos que, por este motivo, no pueden ejercitarse en forma ilimitada, por cuanto cada comunero tiene limitado su derecho por el de los otros comuneros. Por eso es que en el caso del usufructo no hay copropiedad, no obstante que subsisten dos derechos—el del nudo propietario y el del usufructuario—: son derechos distintos, no análogos. (HOMÓLOGOS)

Se dijo que existían dos formas de poner término a la comunidad; una excepcional y otra general. La excepcional, cuando uno de los comuneros reúne en su sola mano los derechos de los demás comuneros; por ejemplo, Pedro, Juan y Diego son condueños del fundo, y Pedro compra a los otros su parte en el fundo y pasa a ser dueño absoluto y exclusivo. La forma común, corriente, por medio de la liquidación de la comunidad y la partición de los bienes. Es lo que vamos a estudiar: la forma de poner término a una comunidad mediante la partición de los bienes.

Importancia de las reglas sobre partición de bienes.—La comunidad puede originarse de diversas maneras. Pero, cualquiera que sea esta forma, la partición de ella se hace ciñéndose a las reglas que contempla el título X de este libro III. De ahí la gran importancia de estas reglas.

La comunidad puede originarse como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal. En la sociedad conyugal, la copropiedad y la comunidad nacen precisamente con motivo de la disolución de aquélla. Y la comunidad será entre ambos cónyuges si no se disuelve por muerte de uno de ellos; o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, cuando es la muerte la causal de disolución. Pues bien, en conformidad al artículo 1,765,

se aplican a la liquidación y partición de la sociedad conyugal las reglas de este título.

También puede tener origen como consecuencia de la disolución de una sociedad, y también se aplican las reglas de este título en la partición de los bienes de la sociedad que se disuelve, según lo dispone el artículo 2,115.

También puede tener por origen un hecho voluntario de las partes, lo que se llama el cuasicontrato de comunidad. Pedro y Juan deciden trabajar juntos un fundo y lo compran: nace una comunidad. Si quieren partirla, se aplican estas reglas (artículo 2,313).

Y, finalmente, se aplican estas reglas cuando se trata de liquidar y partir la sucesión del causante.

Facultad para solicitar la partición; excepciones.—El legislador nunca ha mirado con buenos ojos las comunidades, porque teme, tal vez con razón, que una persona que sólo tiene una parte, una cuota del dominio de un bien, nunca puede tener el mismo interés en que produzca, que cuando es propietario absoluto y exclusivo. Por eso el artículo 1,317 establece que en cualquier momento puede cualquiera de los comuneros pedir que se ponga fin a la comunidad, sin derecho a dar razón alguna. Sin embargo, hay excepciones, ciertos casos en que no puede solicitarse la partición de los bienes. Son dos, de acuerdo con el Código:

1) Cuando las cosas no sean susceptibles de división. En otros términos, en aquellos casos de indivisión forzada. Caen dentro de la indivisión forzada, como dice el artículo 1,317; y no son susceptibles de partición: 1) Los lagos que no se consideren bienes nacionales de uso público; de acuerdo con el artículo 596, aquéllos que no son susceptibles de navegarse por buques de más de cien toneladas; 2) La propiedad fiduciaria, conforme al artículo 750; 3) Las servidumbres, cuya característica más importante es la indivisibilidad; 4) La propiedad sobre las tumbas y mausoleos; 5) Los edificios divididos por pisos y departamentos, respecto de los ascensores, pasadizos, escaleras, etc.

2) Cuando, en conformidad al artículo 1,317, se hubiere pactado la indivisión. El artículo 1,317 expresamente reconoce y da eficacia legal al pacto de indivisión.

Pacto de indivisión; sus limitaciones.—El pacto de indivisión debe reunir los siguientes requisitos:

a) Sólo puede pactarse indivisión por el plazo de cinco años. Si se pactara por un plazo mayor, sería igual que una indivisión por plazo ilimitado. Lo que nada obsta para que pueda revocarse;

b) En conformidad a la ley de contribución de herencias, para que en

una sucesión pueda pactarse indivisión, es necesario que se haya pagado la contribución de herencia o se constituya garantía legal para asegurar su pago (artículo 66 de la ley 5,427).

¿Qué sanción tendrían los comuneros si, haciendo caso omiso del artículo 1,317, estipulan una indivisión por más de cinco años? Parece que los comuneros sólo estarían obligados a permanecer en comunidad hasta los cinco años, y sería nulo el pacto en el exceso. Como en el arrendamiento de bienes raíces de los incapaces y en el caso del albacea.

¿Podría el testador imponer en el testamento la indivisión a los herederos? La cuestión se presentaría únicamente en un pacto de hasta cinco años. Parece que no tiene esta facultad, porque el artículo 1,317 dice "con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario". Además, en 1913, el senador don Luis Claro Solar presentó un proyecto de reforma del Código Civil, y en un artículo reformaba este 1,317 y daba al testador el derecho de imponer la indivisión.

Indivisión contemplada en la ley que crea la Caja de Habitación Popular.—De acuerdo con el artículo 71 de la ley 5,950, de 10 de octubre de 1936, que creó la Caja de la Habitación Popular, "si entre los descendientes del causante hubiere uno o más menores, cualquiera de los interesados podrá pedir al Juez de Letras que decrete la indivisión del inmueble hereditario: + 30. +"

"La indivisión durará hasta que todos los herederos hayan llegado a los dieciocho años y, entretanto, todos tendrán derecho a habitar el inmueble común.

"El decreto de indivisión se inscribirá en el Registro del Conservador".

Esta disposición sólo se aplica "al inmueble hereditario, en que haya tenido su última habitación el causante y cuyo valor, según el avalúo, no exceda de treinta mil pesos (§ 30,000) en Santiago y Valparaíso, y de la cantidad que fije el Presidente de la República en las demás ciudades del país" (artículo 70).

Para los efectos anteriores, "se considerará como mayor de edad los dieciocho años" (artículo 74).

QUIÉNES PUEDEN HACER LA PARTICIÓN

En conformidad al Código Civil, la partición de los bienes puede ser hecha de tres maneras: por el difunto, por los coasignatarios de común acuerdo y por medio de un juez árbitro o partidador.

I. *Partición hecha por el difunto; limitaciones.*—A ella se refiere el ar-

título 1,318. Según él, es válida la partición que hace el difunto, sea por acto entre vivos o en el testamento, en cuanto no viole el derecho ajeno. Al defender el derecho ajeno, se refiere al derecho de los legitimarios. Porque puede acontecer que el testador, al hacer la partición, viole las legítimas; si así sucediera, tendrían los legitimarios derecho a entablar la acción de reforma.

Hay que recordar la disposición del artículo 1,197, según el cual el testador puede señalar los bienes con que se van a pagar las legítimas, pero no tasarlos. Si tasara, podría burlar las legítimas.

Como se desprende del artículo 1,318, puede el causante hacer la partición de los bienes en dos momentos: por acto entre vivos o en el testamento. Respecto de la partición por acto entre vivos, no dijo el legislador si debía constar en escritura pública. Pero parece evidente que sí, por dos razones:

a) Porque si la partición contiene adjudicación de bienes raíces, la única forma de inscribirla en el Conservador de Bienes Raíces es constando por escritura pública;

b) Porque el artículo 1,324 faculta al causante para nombrar el partidador en instrumento público o en el testamento; y si la ley exige para que sea válido el nombramiento de partidador que se haga en instrumento público, con mayor razón debe exigirse que conste la partición, ya que es acto más importante.

× II. *Partición hecha por los coasignatarios de común acuerdo*.—A ella se refiere el artículo 1,325. Dentro de ella, es necesario hacer previamente un importante distinguo, según que los coasignatarios sean todos plenamente capaces o según que entre ellos haya algunos incapaces.

Quando son todos ~~plenamente capaces~~, no hay dificultad, y el artículo 1,325 faculta a los coasignatarios para hacer de común acuerdo la partición.

El segundo caso es distinto: habiendo incapaces, el artículo 1,325 no autorizaba la partición de común acuerdo, sino que fué el artículo ~~362~~ ⁶⁴⁵ del Código de Procedimiento Civil el que vino a permitir la partición de común acuerdo cuando había incapaces. Siempre que se llenaran los siguientes requisitos:

1) Que no hubiera cuestiones previas que resolver; en otros términos, que se supiere a ciencia cierta cuáles eran los herederos, qué derechos hereditarios correspondían a los interesados, cuáles eran los bienes comprendidos en la sucesión;

2) Que las partes estén de acuerdo en la forma de hacer la partición;

3) Que se proceda a la tasación de los bienes por peritos y a la aprobación judicial de la partición en los mismos casos y de la misma manera

que si la partición se efectuare ante un partidador. A la tasación se refiere el artículo 1,335; a la aprobación judicial, el artículo 1,342.

Concurriendo estos tres requisitos, pueden hoy los coasignatarios, aun incapaces, hacer por sí mismos la partición de los bienes.

En este caso de partición, tampoco dijo el legislador si debía hacerse por escritura pública o no. Pero la ley de contribución de herencias, al referirse a la partición, siempre discurre sobre la base de que se hace por escritura pública. Habla en varias partes de la escritura pública de partición. Es lógico por la razón que acabamos de dar.

III. *Partición hecha por el partidador.*—Antes de estudiar la partición hecha por el partidador, es preciso referirse a la acción de partición, porque precisamente la forma práctica de iniciar la partición de los bienes es recurriendo al juez competente para que cite a los interesados para nombrar partidador.

La acción de partición.—Es aquella que tiene por objeto poner fin a la comunidad. Mediante la acción de partición, ese derecho ideal, esa cuota que tienen los comuneros en la comunidad, se va a materializar en bienes determinados. Entonces, la comunidad que existía se transforma en una propiedad individual sobre los bienes que al comunero van a corresponder en la comunidad. Pedro y Juan eran comuneros en una herencia; tenían una cuota dentro de la comunidad. ~~X~~Partiendo ésta, se adjudica a Pedro una casa y a Juan un fundo. Pedro pasa a ser propietario exclusivo de la casa, y Juan del fundo.

Otra característica de la acción de partición es su carácter de imprescriptible. El artículo 1,317 emplea la expresión "siempre". Los asignatarios pueden pedir siempre la partición. Es como decir que esta acción no se extingue por el transcurso del tiempo. De modo que si los comuneros están en comunidad de hecho durante cuarenta años o más y a uno de ellos se le ocurre solicitar la partición, es perfectamente posible. Porque "la omisión de un acto de mera facultad no da lugar a prescripción alguna"; y solicitar la partición es un acto de mera facultad, pues queda al arbitrio del comunero entablar o no la acción. Y si no entabla, como hay acto de mera facultad, no hay prescripción.

Tampoco puede extinguirse a virtud de que otro comunero adquiriera los bienes de la comunidad por prescripción adquisitiva. Podría nacer la duda. Cuando estudiamos la comunidad y la prescripción, dijimos y citamos jurisprudencia en el sentido de que entre comuneros no hay prescripción (Gaceta de 1914, página 1,881, N.º 648).

2499 TUCI
FIA

Quién puede entablar la acción de partición.—Los únicos que tienen derecho a entablarla son los herederos; el legatario no podría, ni tampoco un acreedor hereditario. El Código, muy previsor, se pone en casos que pueden presentarse a dudas.

El artículo 1,319 se pone en el caso del coasignatario bajo condición suspensiva, y le niega el derecho de entablar la acción de partición. Razón: porque la condición suspensiva impide la adquisición del derecho. ~~El heredero bajo condición suspensiva aun no tiene la calidad de tal.~~ Eso sí que, como dice el artículo 1,319, tiene derecho a que los demás herederos le aseguren competentemente sus intereses. Este derecho no es más que una aplicación de la expectativa que el heredero o acreedor condicional en general tiene de llegar a tener el derecho una vez que se cumpla la condición. Por eso puede impetrar medidas conservativas.

También puede solicitar la partición, de acuerdo con el artículo 1,320, el cesionario de una cuota hereditaria, el que ha comprado una cuota hereditaria. Recordemos que el cesionario puede solicitar la posesión efectiva, que puede entablar la acción de reforma, la acción de petición de herencia. Esta serie de derechos se completa con la facultad que le da el artículo 1,320 para entablar la acción de partición e intervenir en el juicio particional.

Es evidente que el artículo 1,320 se aplica sea que se trate de una venta voluntaria o de una venta forzada. De modo que si en un juicio ejecutivo a uno de los herederos se le embarga su cuota hereditaria y se sacan a remate estos derechos, aquella persona que se los adjudica, que los compra en la venta forzada, también tendría la facultad que otorga el artículo 1,320. Disposición que no distingue entre venta voluntaria y forzada, y que, por lo tanto, tiene que aplicarse en ambos casos. No habría razón para dictaminar que sólo se aplica a la venta voluntaria.

El artículo 1,321 se pone en el caso de que uno de los herederos fallezca una vez que se le ha deferido la herencia; y dice que cualquiera de los que suceden a este heredero puede pedir la partición. ~~Eso sí que todos los herederos de este asignatario fallecido deben concurrir a la partición como una sola persona y representados por un mismo mandatario.~~ Disposición que no es sino una manifestación aislada del derecho de transmisión que contempla el artículo 957. El caso sería: Fallece el padre dejando tres herederos: Pedro, Juan y Diego. Después de fallecido el causante, fallece Pedro dejando dos herederos. Dice el artículo 1,321 que tanto Pedro 1.º como Pedro 2.º pueden solicitar la partición, pero que para actuar dentro del juicio, deben hacerlo como una persona y representados por un mismo mandatario.

Como se comprenderá, la acción de partición es una acción que, al en-

tablarla, puede tener consecuencias de mucha importancia para los coasignatarios. Puede ser, por ejemplo, que no se solicite en un momento oportuno, cuando no haya conveniencia de hacerlo. Por eso iniciar la acción de partición no es una facultad que tengan los representantes legales, sino que el artículo 1,322 establece que en general los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, para entablar la partición deben hacerlo con autorización judicial. Solicitar la partición no es un acto de mera administración, sino que puede tener trascendentales efectos para el incapaz, y el legislador establece aquí, en resguardo de los intereses de éste, una cortapisa.

Respecto de esta obligación de los representantes legales, hay que tener presente las siguientes consideraciones:

a) Que no es necesaria esta autorización judicial cuando la partición se hace de común acuerdo entre los herederos, no obstante haya incapaces. Lo ha dicho así la Corte Suprema. Razón: el artículo 802 expresa y taxativamente enumeró los requisitos que se exigen para hacer la partición, y no mencionó la autorización judicial. Hay varias sentencias: 25 de mayo de 1931, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 28, sección I, página 492; 22 de mayo de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 30, sección I, página 345.

b) Que la autorización judicial se exige para iniciar la partición, cuando el representante toma la iniciativa para proceder a la partición. Pero si se trata de plegarse a una partición que ya ha solicitado otro heredero capaz, no requiere autorización judicial. El artículo 396, inciso 2.º, refiriéndose a los tutores y curadores, así lo establece.

Hay un incapaz que escapa a estas reglas: la mujer casada. En conformidad al artículo 1,322, cuando el marido trata de solicitar la partición en que tiene parte su mujer, sólo requiere autorización de la mujer, y si está imposibilitada, el de la justicia en subsidio. En muchas ocasiones hemos visto la situación distinta de la mujer casada respecto de los demás incapaces. Se le da una mayor capacidad, porque tiene una mayor capacidad intelectual. Ya vimos que en lo que se refiere a la aceptación y repudiación de las asignaciones también tiene una situación distinta.

El artículo 1,322 se pone en el caso de que sea el marido el que pida la partición. Si fuere la mujer la que la pidiere, es evidente que requiere la autorización de su marido, no en virtud del artículo 1,322, que no regla el caso, sino aplicando la regla general del artículo 137, que declara la incapacidad relativa de la mujer.

Todo lo que respecto de la mujer se ha dicho, es sobre la base que esté bajo el régimen de comunidad de bienes. Porque si estuviere separada totalmente de bienes o divorciada perpetuamente, a virtud de los artículos

159 y 173, como es plenamente capaz, podrá con absoluta libertad solicitar la partición donde tenga un interés.

El partidador.—Es un verdadero juez árbitro. La Ley Orgánica de Tribunales señala dentro de los asuntos de arbitraje forzoso la partición de bienes. La cual nunca podrá conocerse y tramitarse por la justicia ordinaria. Siempre ante un partidador.

Los jueces árbitros pueden ser de tres clases: de derecho, arbitradores y mixtos. El partidador, por regla general, es árbitro de derecho, por dos razones:

1) Porque el artículo 184 de la Ley Orgánica de Tribunales establece que si nada se dice respecto de la calidad en que es nombrado el árbitro, se entiende que tiene las facultades del árbitro de derecho;

2) Por el artículo 805 del Código de Procedimiento Civil, que dice que los coasignatarios mayores de edad y libres disponedores de sus bienes pueden dar al árbitro el carácter de arbitrador. Luego, si sólo en casos excepcionales pueden conferir al árbitro las facultades de arbitrador, quiere decir que por regla general el partidador es un árbitro de derecho. También lo ha resuelto la Corte Suprema: Gaceta de 1905, tomo 1, página 555, sentencia N.º 363.

Requisitos para ser partidador.—Para estudiarlos, hay que relacionar el artículo 1,323 con el artículo 174 de la Ley Orgánica de Tribunales. Hay dos clases de requisitos: los generales aplicables a todo árbitro (porque el partidador es un árbitro), indicados en la Ley Orgánica de Tribunales; y otros que son propios del partidador, y que son los que indica el artículo 1,323 del Código Civil.

Tres son los requisitos exigidos por la Ley Orgánica de Tribunales, y otros tres los exigidos por el Código Civil:

I. En conformidad al artículo 174 de la Ley Orgánica de Tribunales, es necesario:

- 1) Que sepa leer y escribir;
- 2) Que tenga la libre disposición de sus bienes;
- 3) Que sea mayor de edad;

II. En conformidad al artículo 1,323 del Código Civil, es necesario:

- 1) Que sea abogado;
- 2) Que no sea coasignatario de la sucesión;
- 3) Que no sea albacea de la misma.

Y el menor habilitado, ¿puede ser partidador? La cuestión se ha discutido. Según algunos, no, porque en conformidad al artículo 174 de la Ley Orgánica de Tribunales, se requiere que el partidador tenga la libre disposi-

ción de sus bienes, y el menor habilitado no se encuentra en este caso: prueba es que para enajenar sus bienes raíces requiere autorización judicial y pública subasta. Pero otros opinan—con ellos nosotros—que puede ser partidor, a virtud del artículo 297 del Código Civil, que, al definir la habilitación de edad, dice que a virtud de ella se pueden ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veinticinco años, excepto aquéllos de que una ley expresa los declare incapaz. Y en este caso no se ha dicho expresamente que no pueda ser partidor. En muchos otros casos, en cambio, lo ha dicho expresamente: no puede ser albacea, por ejemplo. Tres sentencias abonan esta opinión: Gaceta de 1884, N.º 2,428; Gaceta de 1885, N.º 660; Gaceta de 1888, N.º 1,926.

El único que está obligado a respetar estos seis requisitos es el juez. Pero si el partidor lo nombran los coasignatarios o el testador, pueden prescindir de los requisitos que establece el Código Civil. La regla general es: el juez, cuando nombra el partidor debe respetar los requisitos establecidos en el Código Civil y en la Ley Orgánica de Tribunales; el testador o los coasignatarios pueden prescindir de los requisitos que establece el Código Civil, pero siempre deben respetar los de la Ley Orgánica de Tribunales.

También se ha discurrido, sin razón, si lo relacionado con el nombramiento de partidor es de jurisdicción voluntaria o contenciosa. Tiene importancia determinarlo, porque si decidimos que es de jurisdicción voluntaria, la solicitud del heredero en que pide el nombramiento se presenta al juzgado de turno; si es contenciosa, a la Secretaría de la Corte de Apelaciones. La jurisprudencia ha opinado que es cuestión contenciosa, porque bien puede ser que los coasignatarios no estén de acuerdo en el nombramiento, y en vista del desacuerdo corresponde decidir al juez (Corte de Apelaciones de Santiago, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 28, sección II, página 78).

Quien puede nombrar al partidor.—En primer lugar, puede ser nombrado por el testador. Lo establece el artículo 1,324. Y puede nombrarlo por acto entre vivos en escritura pública o por el testamento. Importante es que el partidor nombrado por el testador sólo puede partir sus bienes propios, pero no tendría facultad para liquidar la sociedad conyugal.

En segundo lugar, en conformidad al artículo 1,325, pueden los coasignatarios nombrar partidor de común acuerdo. Pero puede acontecer que entre ellos haya algunos relativa o absolutamente incapaces: en este caso, de acuerdo con el artículo 1,326, el nombramiento de partidor debe ser aprobado por la justicia. Esta aprobación se requiere aun cuando el nombramiento lo haga el causante, porque el artículo 1,326 habla del nombramiento que no haya sido hecho por el juez.

Si el partidor lo nombra el testador, puede nombrar a una persona que no sea abogado, o que sea albacea o coasignatario de la sucesión. Lo dice el artículo 1,324. Es decir, el testador puede prescindir de los requisitos del Código Civil. La misma regla se aplica a los coasignatarios, siempre que tengan la libre disposición de sus bienes. De modo que los coasignatarios absolutamente capaces pueden nombrar como partidor a una persona que no reuna los requisitos exigidos por el artículo 1,323.

Cuando el partidor es nombrado por el testador, no se crea que forzosamente va a ser el partidor de la sucesión, porque en conformidad a la Ley Orgánica de Tribunales pueden los coasignatarios unánimemente revocarle el nombramiento. El testador nombra un partidor; hay tres herederos, si los tres están de acuerdo, pueden dejar sin efecto el nombramiento hecho por el testador.

Habiendo incapaces, el nombramiento hecho por el testador o los coasignatarios de común acuerdo, requiere aprobación judicial, de acuerdo con el artículo 1,326. Pues bien, la mujer casada hace excepción: le basta al marido para nombrar partidor respecto de los bienes en que tenga interés la mujer, con la autorización de ésta. No requiere autorización judicial. Si es la mujer la que nombra, le basta con la autorización del marido (artículo 137). No se requiere la autorización judicial sino en forma subsidiaria. Todo esto sobre la base de la mujer bajo el régimen de comunidad, y no separada totalmente de bienes o divorciada perpetuamente.

Nombramiento hecho por la justicia.—Como se comprenderá, es nombramiento subsidiario, que procede cuando no hay partidor nombrado por testamento ni partidor nombrado por los coasignatarios de común acuerdo. En el nombramiento de partidor por la justicia se sigue este procedimiento:

Se cita a las partes a un comparendo. Para el nombramiento se aplican las mismas reglas que para nombrar peritos. Lo dispone el artículo ~~802~~ del Código de Procedimiento Civil. Y corresponde al juez nombrar el partidor en dos casos:

1) Cuando los asignatarios no estuvieren de acuerdo en la persona que va a ser partidor;

2) Cuando al comparendo en que se va a nombrar no comparecen todos los asignatarios. Porque el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil presume que no existe acuerdo entre los asignatarios.

El juez, al nombrar el partidor, tiene algunas cortapisas, porque tiene que respetar tanto las prohibiciones del Código Civil como las de la Ley Orgánica de Tribunales. Hay notable diferencia con el nombramiento hecho por el testador o los coasignatarios de común acuerdo, porque éstos pueden

prescindir de las exigencias del Código Civil. No obstante, algunos han pretendido que el juez, al nombrar el partidador, puede prescindir del requisito que sea abogado, a virtud del inciso final del artículo 1,325, que dice en su última parte "con tal que no sea de los propuestos por las partes, ni albacea, ni coasignatario". Pero esta doctrina no ha tenido éxito, y la mayoría opina que se requiere sea abogado. Porque el artículo 1,325 ha incurrido en una simple omisión, y rige entonces el artículo 1,323, que exige sea abogado, "salvo en los casos expresamente exceptuados". Y en el artículo 1,325 no se ha excepcionado expresamente cuando lo nombra la justicia ordinaria. Por esta razón, cuando es el juez el que nombra el partidador, también éste debe ser abogado. Por lo demás, así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago ("Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 8, sección II, página 94).

El juez tiene, además, la cortapisa indicada en el artículo 1,325, con la modificación que introdujo el artículo 416 del Código de Procedimiento Civil. En conformidad al artículo 1,325, no puede el juez nombrar partidador a ninguna persona propuesta por las partes. Esta prohibición la ha limitado el artículo 416 del Código de Procedimiento Civil a las dos primeras personas propuestas por las partes. De manera que el juez puede nombrar a una tercera persona que se haya propuesto.

Una vez nombrado el partidador, en conformidad al artículo 1,327 tiene libertad para aceptar o repudiar el nombramiento que se le hace. No es obligatorio para él aceptar el cargo. Pero en conformidad al mismo artículo, si es nombrado en el testamento y no acepta el cargo, se observará la misma disposición que la del albacea que no acepta. Se remite, pues, al artículo 1,277: se hace indigno de suceder al causante si no prueba inconveniente grave:

Como el caso del artículo 1,327 constituye una sanción, hay que aplicarla en forma restrictiva, y, por lo tanto, concluir que la indignidad sólo se produce cuando el partidador ha sido nombrado en el testamento. Y, por consiguiente, si el causante lo ha nombrado en instrumento público por acto entre vivos (artículo 1,324) y no acepta, no le afecta la indignidad.

Si acepta el partidador el cargo, en conformidad al artículo 1,328, su aceptación debe ser expresa. "Deberá declararlo así". No hay, pues, aceptación tácita. Además, de acuerdo con el mismo artículo, debe también jurar desempeñar el cargo fielmente y en el menor tiempo posible y, en conformidad a la Ley de Timbres, pagar un impuesto de cincuenta pesos (§ 50). Y queda entonces en condiciones de ejercer el cargo. En suma, las exigencias para quedar en tales condiciones son: 1) aceptar expresamente; 2) jurar desempeñar el cargo fielmente y en el menor tiempo posible; y 3) pagar un impuesto de § 50.

Mucho se ha discutido la sanción de una partición en la cual el partidador no acepta expresamente o no presta el juramento. Según algunos, hay nulidad absoluta; según otros, nulidad relativa. Doctrina más conforme a Derecho parece la que considera la aceptación como un trámite procesal, que habría en este caso incompetencia del juez (el partidador) y que habría que reclamar de un vicio de tramitación, de esta incompetencia, por medio de un recurso de casación en la forma.

Qué plazo tiene el partidador para hacer la partición.—En conformidad al artículo 1,332, el plazo de dos años. Que el testador no puede ampliar; pero que los coasignatarios son libres de ampliar o restringir. Y el testador no podría prohibirles que ampliaran o restringieran este plazo.

En conformidad al artículo 804 del Código de Procedimiento Civil, este plazo se cuenta desde la aceptación del cargo; no desde el nombramiento del partidador. Y, de acuerdo con el mismo artículo, debe descontarse aquel tiempo en que estuviere interrumpida la jurisdicción del partidador como consecuencia de los recursos que se entablen dentro del juicio de partición. Si al primer año se produce una controversia que debe ser resuelta por la justicia ordinaria y que demora un año o más, se descuenta todo este tiempo. La jurisprudencia ha declarado que no puede descontarse el plazo cuando existe alguna imposibilidad física; por ejemplo, que se haya extraviado el expediente. El artículo 804 habla de estar "interrumpida la jurisdicción del partidador". (Corte de Apelaciones de Santiago, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 23, sección II, página 72).

Vencido este plazo, las partes tienen derecho a prorrogarlo. Pero entonces se plantea una cuestión: si existen incapaces entre los asignatarios, ¿será necesaria para prorrogar, la autorización judicial que se exige en el artículo 1,326 para el nombramiento de partidador? La Corte Suprema (1907, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 25, sección I, página 519), tratándose de la mujer casada, resolvió expresamente en el sentido de que no era necesario cumplir con las formalidades del artículo 1,326, y que, por lo tanto, un representante legal podía prorrogar libremente el plazo, sin necesidad de autorización judicial, porque ésta sólo se requiere para el nombramiento, y las formalidades no se aplican por analogía.

Si el partidador dicta la sentencia arbitral, o laudo, después de expirado el plazo, parece que puede atacarse por el recurso de casación en la forma, porque ya habría sido dictada por juez incompetente; el partidador ya no tendría carácter de partidador.

Competencia y jurisdicción del partidador.—Para que el partidador entre a actuar dentro del juicio de partición, es necesario que previamente existan dos circunstancias esenciales:

1) Que estén de acuerdo las cuotas de los respectivos derechos que corresponden a cada heredero dentro de la sucesión; que se sepa cuáles son los herederos y qué derechos les corresponden;

2) Que se sepa cuáles son los bienes comprendidos en la partición.

Si se plantean cuestiones sobre el mejor derecho para suceder o sobre incapacidades o indignidades de algún heredero, no pueden ser resueltas por el partidor, sino por la justicia ordinaria, en conformidad al artículo 1,330. De modo que el partidor no tiene competencia para resolver estas cuestiones.

También corresponde a la justicia ordinaria resolver cuestiones relativas a los bienes comprendidos en la sucesión. Si un heredero, por ejemplo, alega que un bien que figura en el inventario es de propiedad exclusiva suya y no de la sucesión, no puede resolver el árbitro. Lo dice el artículo 1,331. Y en conformidad a este mismo artículo, no se interrumpe el juicio de partición por el hecho de que se alegue que algunos bienes no quedan comprendidos dentro de la sucesión, salvo que la cuestión afecte a gran parte de los bienes y siempre que lo solicite el asignatario a quien corresponda más de la mitad de éstos. Salvo que afecte a gran parte de la masa partible y que lo solicite. . . Por eso la Corte Suprema (1930, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 28, sección I, página 372) resolvió que sacado a remate un bien de la sucesión no se suspende este remate por la sola circunstancia que se alegue mejor derecho a ese remate.

En relación con los artículos 1,330 y 1,331 está el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, que determina la competencia y jurisdicción del partidor. En conformidad a él, corresponde al partidor conocer de las cuestiones que se promuevan con motivo de la facción de inventario, de las tasaciones de los bienes, del nombramiento de los administradores pro-indiviso, de las cuentas que rindan los albaceas, comuneros y administradores de los bienes comunes, y en general de todas las cuestiones que sirvan de base para proceder a la partición de los bienes y que no estén entregadas por ley al conocimiento de la justicia ordinaria. Comentemos esto:

De la facción de inventario: pero en la práctica ocurre que cuando el partidor es nombrado ya se ha efectuado el inventario, el cual es necesario para solicitar la posesión efectiva. De las tasaciones de los bienes, materia que se estudiará. Del nombramiento de administradores pro indivisos, materia netamente procesal, que reglamentan los artículos 810 y 811. Ante él deben rendir cuentas los albaceas, comuneros y administradores de los bienes comunes; sin embargo, los albaceas, en conformidad al inciso 2.º del artículo 803, también van a rendir su cuenta ante la justicia ordinaria, cuando no estuviere constituido el compromiso o no hubiere aceptado. Por eso dijimos que el albacea puede rendir cuentas ante un árbitro o la justicia ordinaria.

Los tribunales ordinarios tienen la facultad de hacer ejecutar las resoluciones que dictan; esto es el imperio. Pues bien, los jueces árbitros carecen del imperio. Sólo tienen facultad para fallar y juzgar. Pero no podrían despachar un mandamiento de ejecución o embargo. Toda resolución dictada por un partidor debe ejecutarse por los tribunales ordinarios. Lo ha resuelto una sentencia de la Corte de Concepción: 1930, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 27, sección II, página 39. X

Testador
coasignatarios
reclamar

Remuneración del partidor.—En primer lugar, se fija de común acuerdo por los coasignatarios. Parece que el testador no tendría derecho a fijar la remuneración del partidor. O, por lo menos, si la fija no estaría obligado el partidor a conformarse con ella. Nada dice el Código, a diferencia de los albaceas, respecto de los cuales tiene esta facultad el testador. Aquí, el silencio del legislador está indicando que el testador fija la remuneración, podría reclamar de ella el partidor.

En segundo lugar, corresponde fijarla a los coasignatarios de común acuerdo con el partidor.

En tercer lugar, puede fijársela el ^{665 CPC actual} partidor al dictar la sentencia arbitral, o laudo, de acuerdo con el artículo 822 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, pueden reclamar los herederos, cualquiera que fuere la cuantía fijada por el árbitro, y corresponde conocer de la reclamación al tribunal de segunda instancia sin ulterior recurso (Corte de Apelaciones). El laudo, en la parte en que fija el partidor su honorario, no es una resolución judicial, sino más bien la manifestación de su voluntad, una oferta en cuanto a cuál es su honorario. Falta la aceptación de los herederos para que se perfeccione. No es resolución, porque de lo contrario resultaría ~~el árbitro~~ el árbitro es juez y parte. Por eso la jurisprudencia ha resuelto que el laudo en este parte no es más que una proposición: Gaceta de 1913, tomo 2, página 446, sentencia N.º 131.

En conformidad al artículo 959, el honorario del partidor constituye una baja general de la herencia. Y, por lo tanto, para determinar el monto imponible para el efecto de la contribución de herencia, es necesario rebajar el honorario del partidor.

Responsabilidad del partidor.—En conformidad al artículo 1,329, el partidor responde de la culpa leve en el ejercicio de su cargo. Otra manifestación del hecho que el legislador, cada vez que trata de administradores de bienes ajenos, los hace responsables de culpa leve (el partidor tiene un encargo del testador).

En caso de prevaricación declarada judicialmente, el partidor tiene varias sanciones: la responsabilidad penal por el delito de prevarica-

ción, ²⁾ debe indemnizar de todo perjuicio a los que perjudique, ³⁾ el artículo 1,329 se remite al artículo 1,300, que se refiere al albacea que hubiere sido removido por dolo: la sanción es que se hace indigno de suceder al causante. Se puede apreciar que la responsabilidad en caso de prevaricación es mayor.

El artículo 1,300 obliga al albacea a restituir todo lo que hubiere recibido por concepto de remuneración. El partidor no tendría esta obligación, porque el artículo 1,329 sólo se remite al 1,300 para el efecto de la indignidad para suceder. Y las sanciones son de derecho estricto, no se pueden aplicar por analogía.

¿Puede el partidor comprar bienes de la sucesión?—El artículo 1,798, al hablar de las prohibiciones para la compraventa, establece que está prohibido comprar a los jueces, abogados, etc., los bienes en cuyo litigio han intervenido, aunque la venta se haga en pública subasta. ¿Afecta al partidor de una sucesión esta prohibición del artículo 1,798? La Corte Suprema resolvió negativamente (1925, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 23, sección I, página 599). Según la Corte, el artículo 1,798 no se aplica al partidor, porque habla de jueces y juicios, y la partición no es un verdadero juicio, por cuanto no hay demandante ni demandado, no siempre hay intereses controvertidos. Pero parece que no falló conforme a Derecho, porque el artículo 1,798 no distingue, y existe la misma razón para aplicarlo al partidor; además, sería absurdo, y la moral lo repudiaría, que un partidor pudiera rematar bienes de la sucesión; podría hacer cualquier inmoralidad con el fin de quedarse con algún bien a un precio ínfimo. X

Características del juicio de partición.—1) En el juicio de partición tiene mucha importancia la voluntad de los coasignatarios, en lo que se diferencia profundamente de los juicios ante los tribunales ordinarios. Como se desprende del artículo 1,334, la voluntad de las partes juega un papel interesantísimo, y en muchos casos el árbitro, para resolver las cuestiones, debe estarse primeramente a lo que resuelven los coasignatarios.

2) En el juicio de partición no hay demandantes ni demandados, en lo que también se diferencia del juicio ante los tribunales ordinarios. No hay necesariamente intereses controvertidos. Pueden estar de acuerdo los coasignatarios en cuanto a la forma de hacer la partición, cuáles son los defectos hereditarios y qué bienes se van a adjudicar a cada uno.

3) También tiene en gran parte las características de un contrato, al mismo tiempo que de juicio. Por eso el Código establece que las particiones se anulan y rescinden de la misma manera que los contratos. Y ello,

porque en la partición la voluntad de las partes juega un importante papel. Por eso la Corte Suprema resolvió el siguiente caso: Un señor, al momento de fallecer, no alcanzó a otorgar testamento sujetándose a las formalidades exigidas, sino que manifestó su última voluntad en un papel escrito de su puño y letra. No había testamento. Pero los herederos, mayores de edad y todos de común acuerdo, pactaron que la partición de los bienes se hiciera en conformidad a esa voluntad del difunto. Y así se hizo. Pero después uno de los herederos pretendió destruir la partición, alegando que no era aquello testamento. Y la Corte Suprema negó lugar a la demanda, fundándose principalmente en que la partición participaba del carácter de contrato y se había llegado a ese acuerdo por voluntad de las partes. (Sentencia de 25 de junio de 1928, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 26, sección I, página 399).

Desarrollo del juicio de partición.—En conformidad al artículo 955 del Código Civil, la sucesión de una persona difunta se abre en su último domicilio. A lo primero que se procede es a solicitar la posesión efectiva; es el primer trámite. Concedida, se procede a inscribirla en el Conservador de Bienes Raíces, y además se hacen las inscripciones especiales de herencia (los inmuebles comprendidos dentro de la sucesión a nombre de los herederos). Con estos dos trámites, están los herederos en condiciones de iniciar el juicio de partición. Y habrá que distinguir si el partidór ha sido nombrado por el testador y lo aceptan los asignatarios: entonces jurará y aceptará. Pero si no existe nombramiento por el testador, corresponde a los coasignatarios nombrarlo, y entonces se inicia el juicio; o bien comparecen los asignatarios por escritura pública nombrándolo, y en la misma aparece el partidór aceptando. Y si todos son plenamente capaces, queda habilitado el partidór para iniciar el juicio. Si hay incapaces, en conformidad al artículo 1,326, es necesaria la aprobación del nombramiento por la justicia ordinaria, y, una vez aprobado, puede entrar a actuar el partidór. Otra forma de nombrar el partidór, sería presentando un escrito los herederos en el cual digan que están de acuerdo en que sea partidór N. N.; pero como hay incapaces, vienen en solicitar aprobación del nombramiento. El juez, previa vista del Defensor de Menores, aprueba; y en el mismo expediente de partición se notifica al partidór; éste acepta, jura y paga la estampilla de \$ 50. Y, finalmente, también puede hacer el nombramiento la justicia; el coasignatario que tenga interés en poner término a la partición, presentará un escrito en el cual pide que se cite a los interesados para nombrar partidór. El escrito se presenta a la Corte de Apelaciones, porque importa jurisdicción contenciosa. Habrá que citar a los herederos, para que comparezcan. Si no están de acuerdo en la persona del partidór o si no comparecen todos, se deja cons-

tancia de ello en el expediente y en ambos casos corresponde al juez nombrar el partidor, y éste acepta y jura. X

Cuando el partidor ha sido nombrado, ha aceptado y ha prestado juramento, está en situación de poder iniciar el juicio de partición. La primera diligencia que debe efectuar es proceder a nombrar un actuario (inciso 2.º del artículo 805 del Código de Procedimiento Civil), y el cual debe ser un notario o un secretario de juzgado. El actuario viene a desempeñar en el juicio de partición el mismo papel que el secretario de juzgado en los juicios de la justicia ordinaria. Es el ministro de fe que autoriza las resoluciones del partidor. Este artículo ~~805~~ está en armonía con el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil: para que tengan efecto las resoluciones de los tribunales, es necesario que sean autorizadas por el secretario. Por eso la primera resolución que dicta el partidor es: "Santiago, 19 de noviembre de 1938. Por constituido el compromiso, vengan las partes a comparendo para la audiencia del día tanto. Nómbrase actuario a N. N."

En conformidad al artículo ~~806~~ del Código de Procedimiento Civil, el juicio de partición se tramita en comparendos. Es juicio de carácter verbal. En cada comparendo se levanta un acta de él. Excepcionalmente, cuando las cuestiones planteadas ante el partidor revisten gran importancia, pueden admitirse escritos a los interesados en el juicio, y la resolución del partidor en la cual se acepta el escrito es inapelable: resuelve en única instancia si se aceptan las peticiones escritas.

El juicio de partición se lleva en *diversos cuadernos*:

1) El cuaderno de actas, donde se deja constancia de los comparendos. Es el más importante, porque deja constancia de los acuerdos de las partes, de la voluntad de los herederos, de tanta importancia en este juicio. Es propiamente el expediente de la partición.

2) Un cuaderno de documentos, en el cual se agregan los diversos documentos relacionados con la partición: aquéllos en los cuales se acreditan los bienes que corresponden a los herederos, las cuentas que han rendido el albacea o los administradores pro indiviso, el comprobante de gastos del partidor respecto de cada bien.

3) Los cuadernos de incidentes. Porque perfectamente pueden provocarse incidentes en el juicio de partición. Y en conformidad al artículo 809, los incidentes que se plantean dentro del juicio de partición no suspenden el juicio, sino que se tramitan independientemente; y, según el mismo artículo, los incidentes puede resolverlos el partidor en dos ocasiones: o bien inmediatamente de promovida la controversia, o bien se puede dejar para la sentencia definitiva (laudo y ordenata). Los demás detalles de procedimiento, no nos incumben; tratarlos, sería invadir el campo del Derecho Procesal.

Operaciones previas a la partición.—Al proceder a la partición de los bienes con el fin de hacer la liquidación y distribución de ellos, es necesario que se hagan algunas operaciones previas, preliminares, que se reducen a tres:

- 1) Debe hacerse inventario de los bienes;
- 2) Los bienes deben haber sido tasados;
- 3) Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes de otro patrimonio, se procede a hacer su separación.

Inventario de los bienes.—Es forzoso, porque va a ser la base de la distribución de los bienes, porque el partidor liquidará los bienes que figuren en el inventario. Puede ser simple y solemne. En conformidad a los artículos 1,284 y 1,766, es necesario hacer inventario solemne cuando existan incapaces en la sucesión; no cuando los bienes sean de cuantía mayor o menor. Pero su omisión no acarrea la nulidad de la partición, porque el artículo 1,176, ubicado dentro de la sociedad conyugal y que se aplica por analogía aquí, establece otra sanción: aquéllos que han omitido hacer el inventario solemne son responsables de los perjuicios que ocasionaren a los incapaces. La responsabilidad afectará a los herederos capaces o al albacea, porque sobre éstos pesa la obligación de facción del inventario.

Tasación de los bienes.—Es necesaria, porque sería imposible proceder a la liquidación si no estuvieren los bienes previamente estimados en su valor, tasados. Tan importante como el inventario. A ella se refieren los artículos 1,335 del Código Civil y ~~814~~ del Código de Procedimiento Civil.

Cómo se efectúa: La regla general es que los bienes sean tasados por peritos, los cuales se nombran en conformidad a las reglas de los artículos 416 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Pero los interesados en la sucesión no están obligados a aceptar la tasación pericial: los artículos 1,072 a 1,075 del Código de Procedimiento Civil les reconoce y reglamenta la facultad de objetarla, y las cuestiones que se planteen las resolverá el partidor (artículo ~~808~~ del Código de Procedimiento Civil).

En conformidad al artículo 1,335, puede omitirse la tasación por peritos, siempre que lo acordaren los interesados unánime y legítimamente o que se rematen las especies en los casos previstos por la ley. Las partes así prescinden de la tasación pericial y asignan ellas un valor a las cosas heredadas. Bajo la sola vigencia del Código Civil había duda sobre si el artículo 1,335, en lo que permitía prescindir de la tasación pericial, se aplicaba también a los incapaces. Algunos decían que no por la expresión "legítimamente", interpretando que se exigía capacidad suficiente; por lo tanto, si había incapaces era forzosa la tasación pericial. El punto fué aclarado

continuar

65^a
 por el artículo 814 del Código de Procedimiento Civil, según el cual pueden prescindir de la tasación pericial y fijar las partes de común acuerdo el valor de los bienes, aun cuando entre ellos existan incapaces, siempre que concurra alguno de estos tres requisitos:

1) Que haya en la partición antecedentes que justifiquen la tasación practicada de común acuerdo por los coasignatarios. Por ejemplo, que se hubiere acompañado el avalúo fiscal de los bienes y al mismo tiempo una tasación practicada hace dos o tres años. El artículo 814 habla en términos plurales de "antecedentes", de modo que debe haber más de uno.

2) Que se trate de bienes muebles. Un automóvil se puede tasar de común acuerdo, aun cuando haya incapaces. Nuevamente el legislador no protege tanto a los muebles como a los inmuebles.

3) Que se trate de asignar al inmueble un minimum para sacarlo a subasta pública, con admisión de postores extraños. Se permite en este caso porque el verdadero valor lo fija en definitiva la subasta pública.

Una de las formas de hacer la partición es de común acuerdo entre los coasignatarios, forma a la que se refiere el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil. Según él, si hay incapaces entre los coasignatarios, pueden no obstante hacer éstos la partición, siempre que no haya cuestiones previas que resolver y que estén de acuerdo sobre la manera de hacer la división, y que la tasación se haga del mismo modo que si se estuviere efectuando ante un partidor y que se apruebe por la justicia ordinaria. Por eso la Corte Suprema ha resuelto que las reglas de los artículos 1,335 y 814, en cuanto reglamentan la forma de tasación, también se aplican al caso que la tasación se haga de común acuerdo, a virtud de la referencia del artículo 802 (22 de mayo de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 30, sección I, página 345).

Separación de los patrimonios.—A ella se refiere el artículo 1,341. Puede acontecer que los bienes del difunto estén mezclados con bienes de otra persona, ya sea porque fué miembro de una sociedad civil o comercial, o porque existió sociedad conyugal; o porque tenía bienes en comunidad. En estos casos, es necesario hacer previamente la separación de los patrimonios. El caso más frecuente es el de la liquidación de la sociedad conyugal. Por eso generalmente se nombra al partidor para que liquide la sociedad conyugal y parta los bienes. Son dos operaciones distintas: primero se liquida la sociedad conyugal, y luego se parten los bienes. Porque sólo con la liquidación de la sociedad se va a saber cuáles son los bienes que realmente correspondían al cónyuge difunto; y que se compondrán: de los que aportó al matrimonio y de los que obtuvo por gananciales. Pero el partidor nombrado por testamento, según lo resuelto por la Corte Suprema (5 de septiembre de

1935, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 32, sección I, página 530), no tiene facultad para liquidar la sociedad conyugal o cualquiera otra comunidad que hubiere existido entre el difunto y un tercero.

Liquidación y distribución de bienes.—Después de todo lo anterior, se está en situación de liquidar y distribuir los bienes. La liquidación y distribución consisten en asignar a cada uno de los asignatarios lo que le corresponde dentro de la sucesión por su cuota, ya sea adjudicándole bienes o pagándole sus derechos en dinero.

Regla general: acuerdo de los coasignatarios.—La regla básica para la liquidación y distribución es que el partidor debe estar, ante todo, a la voluntad de los coasignatarios. Lo dispone el artículo 1,334: Se aplican las reglas de este título, "salvo que los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa".

Reglas a que debe someterse el partidor en caso de desacuerdo.—A falta de acuerdo entre los coasignatarios, el artículo 1,337 da diez reglas que debe seguir el partidor para la liquidación y distribución:

"El partidor *liquidará* lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la *distribución* de los efectos hereditarios teniendo presente las reglas que siguen:

1.º "Entre los coasignatarios de una especie que no admita división o cuya división la haga *desmerecer*, tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella; cualquiera de los coasignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños; y el precio se dividirá entre todos los coasignatarios a prorrata". X

Si no admite cómoda división, se saca a remate; la licitación puede ser con admisión de postores extraños o entre los coasignatarios; pero basta que un coasignatario desee que se admitan postores extraños para que el partidor esté obligado a decretarlo. Interesa hacer presente que si en el remate se queda con los bienes un extraño, lisa y llanamente existe una compraventa; por el contrario, si el bien es rematado por uno de los coasignatarios, hay una adjudicación. El artículo ~~815~~ del Código de Procedimiento Civil da las reglas de carácter procesal para proceder al remate de los bienes, y hace obligatoria la publicación de avisos y fijación de carteles. El artículo ~~816~~ señala una regla importante: dentro del juicio de partición subscribe las escrituras de remate o adjudicación el partidor. Hay una verdadera repre-

sentación legal. La sucesión representada por el partidor. También, habiendo adjudicación de bienes raíces, todo acuerdo de las partes o resolución del partidor debe reducirse a escritura pública (artículo ~~816~~); porque la venta de bienes raíces es un contrato solemne, en conformidad al artículo 1,801, y porque además sólo se va a poder inscribir la adjudicación si consta por escritura pública, ya que el Conservador de Bienes Raíces sólo puede inscribir instrumentos auténticos.

2." "No habiendo quien ofrezca más que el valor de tasación o el convencional mencionado en el artículo 1,335, y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, el legítimo será preferido al que no lo sea".

Se pone en el caso que las ofertas de dos interesados sean exactamente iguales, y da más derecho al legítimo que al que no lo es. Pero pueden presentarse muchas cuestiones: dos legítimos tienen iguales derechos, ¿a quién se adjudica?

Esta regla y la del N.º 1." se aplican cuando las especies no admiten moda división; si la admiten, salvo acuerdo de las partes en contrario, no hay necesidad de hacer los remates.

3." "Las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a un solo individuo serán, si posible fuere, continuas, a menos que el adjudicatario consienta en recibir porciones separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación al adjudicatario".

Esta regla y las siguientes se ponen en el caso de que se trate de un predio rústico, y están basadas en la equidad: dar a cada uno lo que corresponde y hacer que las hijuelas o lotes sean de la más posible igualdad.

4." "Se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario y otro fundo de que el mismo asignatario sea dueño".

5.º "En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce".

Puede concordarse con el artículo 850, que se refiere a las servidumbres de tránsito, y precisamente establece que la servidumbre de tránsito se entiende constituida con el carácter de legado cuando a virtud de una venta o adjudicación quedare desprovista de salida.

6.º “Si dos o más personas fueren coasignatarios de un predio, podrá el partidor con el legítimo consentimiento de los interesados separar de la propiedad el usufructo, habitación o uso para darlos en cuenta de la asignación”.

El derecho de usufructo puede nacer por voluntad de las partes, por ley y por sentencia judicial. Precisamente, el caso de la sentencia judicial es el de este número: puede separarse la propiedad del usufructo, a fin de igualar los lotes.

7.º “En la partición de una herencia o de lo que de ella restare después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible”.

Si se trata de una partición en que intervienen tres hijos y la sucesión es abintestato y no hay legados, los derechos de cada heredero son exactamente iguales: dice la regla que el partidor, al hacer los lotes, debe ser lo más exacto posible.

8.º “En la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia, sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división, o de cuya separación resulte perjuicio, salvo que convengan en ello unánime y legítimamente los interesados”.

9.º “Cada uno de los interesados podrá reclamar contra el modo de composición de los lotes, antes de efectuarse el sorteo”.

10. “Cumpliéndose con lo prevenido en los artículos 1,322 y 1,326, no será necesaria la aprobación judicial para llevar a efecto lo dispuesto en cualquiera de los números precedentes, aun cuando algunos o todos los coasignatarios sean menores u otras personas que no tengan la libre administración de sus bienes”.

Establece, en síntesis, que si hay incapaces dentro de la sucesión, y se ha solicitado autorización judicial para proceder a la partición y el partidor fué nombrado por los coasignatarios y se aprobó judicialmente, no es necesaria aprobación judicial para hacer las adjudicaciones. Porque la aprobación

judicial debe darse una vez terminada la partición, de acuerdo con el artículo 1,342. No se hace por parcialidades. No se aprueba judicialmente cada una de las adjudicaciones, sino la partición en globo una vez terminada.

Puede acontecer que al hacerse la adjudicación a los coasignatarios, ésta fuere de cierta cuantía. Entonces nace la hipoteca legal, tratada en los artículos 817 y 819 del Código de Procedimiento Civil. Para que ella exista, son necesarias las siguientes condiciones:

1) Que las adjudicaciones a un coasignatario excedan al 80% de su haber probable dentro de la partición;

2) Que el coasignatario no pague al contado el exceso sobre el 80%.

Concurriendo ambas condiciones, se entiende constituida hipoteca legal para que ese asignatario responda de los posibles alcances que le resulten de la sucesión.

Por ejemplo, la cuota hereditaria de Pedro asciende a 100, y se le adjudican bienes en 110: se entiende constituida hipoteca legal. Ahora bien, Pedro puede detener esta hipoteca legal, pagando al contado el exceso sobre los 80: si entrega 30 al partidor, ya no existe hipoteca legal.

Esta hipoteca legal está destinada a garantizar a los demás coasignatarios; no los derechos de los incapaces. No obstante que el coasignatario sea plenamente capaz, siempre se constituye a su favor la hipoteca legal cuando a otro asignatario se adjudiquen bienes en exceso.

Se llama legal más bien por el título; como en la hipoteca lo que viene a ser legal es el título mismo, porque es la ley quien la autoriza. No quiere decir que exista de pleno derecho, sin necesidad de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Siempre se requiere ésta. Si no se inscribe es nula. (Corte Suprema, 9 de octubre de 1931, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 29, sección I, página 70). Y el Conservador de Bienes Raíces es responsable, porque, aun cuando nada han dicho los coasignatarios sobre la hipoteca legal, está obligado a inscribirla siempre que concurren los dos requisitos (responsable de la omisión de la inscripción).

Claro está que si están de común acuerdo, los coasignatarios pueden renunciar a esta hipoteca legal, porque es un derecho establecido en interés particular de los demás asignatarios. Naturalmente que esta renuncia debe ser hecha por capaces, requiriéndose autorización judicial para el incapaz.

Reglas para la liquidación y distribución de los frutos que hayan producido los bienes hereditarios desde la apertura de la sucesión y durante el juicio de partición.—Están contempladas en los cuatro números del artículo 1,338. Son:

En conformidad al N.º 1.º, si se trata de un legatario de especie o cuerpo cierto puro y simple, se le entregan desde la apertura de la sucesión.

Consecuencia lógica de que el legado de especie lo adquiere por el solo fallecimiento del causante. Pero si el legatario lo es a día o bajo condición suspensiva, sólo desde que llegue el día o se cumpla la condición.

El N.º 2.º se pone en el caso del legado de género, y dice que el legatario de género sólo tiene derecho a los frutos desde que se le entregan o el heredero está en mora de entregar. Consecuencia de que el legado de género no se adquiere por el solo fallecimiento, sino desde la entrega.

El N.º 3.º dice que los demás frutos que producen los bienes de la sucesión, con deducción de aquéllos que deben entregarse al legatario de especie, se distribuyen a prorrata entre los asignatarios.

El N.º 4.º establece que los frutos que deben entregarse a los legatarios gravan a todos los asignatarios, salvo que el testador imponga a uno el pago de las deudas testamentarias.

Reglas sobre la distribución de las deudas de la herencia.—Por regla general, las deudas de la herencia se dividen a prorrata de las cuotas hereditarias de cada uno de los herederos. Pero al efectuarse la partición, con el fin de igualar los lotes, puede uno de los asignatarios solicitar que se le asigne una mayor cuota en las deudas de la herencia. Será oído. Y en lugar de corresponderle 20 en las deudas, por ejemplo, le corresponderán 50. Pero los acreedores hereditarios, en conformidad al artículo 1,358, no quedan obligados por este acuerdo de los herederos, sino que conservan íntegramente su derecho para perseguir a cada uno de los herederos por la cuota que le corresponde en las deudas, o bien pueden respetar el acuerdo. Son 300 de deudas; 3 herederos. Legalmente, corresponde 100 a cada uno. Pero en la partición acuerdan que Juan no está obligado a pagar deudas, sino que Pedro pagará 150 y Diego 150. Este acuerdo no obliga al acreedor hereditario, y podrá cobrar los 100 a cada uno. Y si a Juan le cobra 100, entonces éste tiene derecho a repetir contra Pedro y Diego. Pero también puede el acreedor respetar el acuerdo, prescindir de Juan y dirigirse contra Pedro y Diego.

Cómo termina el juicio de partición.—Como todo juicio, por una sentencia, pero que tiene un nombre propio: "laudo" y "ordenata". En conformidad al artículo 820 del Código de Procedimiento Civil, el laudo debe contener las consideraciones de hecho y de derecho que sirvan de base para la liquidación y distribución de los bienes; y la ordenata es un cálculo numérico que sirve para hacer la distribución. Por eso se dice que la ordenata es el laudo reducido a números.

El laudo es una sentencia y, por lo tanto, debe llenar todos los requisitos de una sentencia, en conformidad al artículo 193 del Código de Pro-

cedimiento Civil. En él se cuenta toda la historia de la partición. Se dice cuándo se concedió la posesión efectiva, cuándo se nombró partidor, a quién se nombró, que juró y aceptó, quiénes son los herederos, cómo deben distribuirse los bienes. Además, debe contener en un primer artículo lo que se llama el cuerpo común de bienes: enumerar los bienes de la sucesión. Un segundo artículo contempla las bajas de la sucesión. Un tercer artículo comprende el cuerpo común de frutos. Un cuarto, las bajas de este cuerpo común. Y también debe formarse por el partidor la hijuela pagadora de las deudas, aun cuando el albacea no lo requiera (porque es el primero obligado a requerir que se forme). También el partidor debe ordenar formar una hijuela en la cual se liquiden los impuestos.

En la ordenata se dirá: 1.º Cuerpo común de bienes: un piano, \$ 5,000; un automóvil, \$ 12,000. 2.º Bajas al cuerpo común: gastos de funerales, \$ 1,500; gastos de última enfermedad, \$ 3,000. 3.º Lo que queda de acervo líquido. 4.º Las hijuelas. Estas constan de dos partes: el ha de haber y el entero.

El ha de haber consiste en decir cuánto le corresponde al heredero y por qué razón. Así: "Hijuela de Efraín Verdejo. Ha haber: por sus derechos hereditarios en la sucesión de su padre, \$ 100; por legado dejado en el testamento en la cláusula 2, \$ 50. Total, \$ 150.

El entero consiste en la forma cómo se le pagan los \$ 150. Así: "Entero: 1.º Dinero entregado en comparendo de 23 de octubre de 1938, \$ 10; 2.º Dinero entregado el 30 de octubre de 1938, \$ 30; 3.º Adjudicación de terrenos entregados, \$ 110. Queda pagado este heredero".

Puede ser que se le adjudiquen más bienes: el terreno vale \$ 115. Se pone: "Queda alcanzado en \$ 5, que pagará a María Verdejo en la forma que se dirá en su hijuela". Y se pone en la hijuela de María.

En conformidad al artículo 1,342, si entre los asignatarios existen personas ausentes, personas sometidas a tutela o curaduría o ~~personas jurídicas~~, es necesario que la sentencia dictada por el árbitro se someta a la aprobación judicial. Advertimos cómo en el juicio de partición el legislador defiende los intereses de los incapaces. En primer término, en el artículo 1,322 exige a los representantes legales autorización judicial para provocar un juicio de partición; en segundo término, el artículo 1,326 exige aprobación del nombramiento del partidor cuando fuere nombrado por el testador o los coasignatarios; y aquí en el 1,342 exige que la partición sea aprobada.

En conformidad al inciso 3.º del artículo 1,326, cuando hay ausentes, tiene su representación el curador de bienes del ausente. Respecto de las personas sometidas a tutela o curaduría, puede presentarse la siguiente cuestión: ¿sólo se exige la aprobación judicial cuando el coasignatario está sometido a tutela o curaduría general, o será también necesaria si dicho

coasignatario ha concurrido al juicio de partición representado por un curador ad litem? Porque el artículo 399 exige también, tratándose del tutor o curador, que la sentencia arbitral se someta a la aprobación judicial; y esa disposición está ubicada dentro de las reglas aplicables solamente a los que ejercen una curaduría general. Podría creerse que si se trata de persona sometida a curaduría ad litem no sería necesaria la aprobación judicial. Por ejemplo, en un juicio de partición en que tienen intereses controvertidos padre e hijo éste actúa representado por un curador ad litem. La Corte Suprema ha resuelto que en este caso también rige el artículo 1,342; también es necesaria la aprobación judicial cuando la persona está sometida a curaduría ad litem. No hay que distinguir si el curador es general o especial (14 de enero de 1929, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 27, sección I, página 447).

Y finalmente, también es necesaria la aprobación judicial cuando hay personas jurídicas. Son tres casos. En consecuencia, sería un error manifestar que la aprobación se necesita cuando existen incapaces. No, porque hay dos clases de incapaces respecto de los cuales no es necesaria la aprobación: la mujer casada y el hijo de familia. Si la mujer casada tiene interés en una partición, no hay necesidad de someter ésta a la aprobación judicial, e igualmente si se trata de un hijo de familia. Porque a ninguno de los dos los contempla el artículo 1,342. La Corte Suprema lo ha resuelto así. (19 de octubre de 1926, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 25, sección I, página 227).

Dictado el laudo y ordenata, el artículo ~~821~~⁶⁶⁴ del Código de Procedimiento Civil establece la forma cómo debe notificarse. Es distinta, según que la partición requiera aprobación judicial o no. Si no requiere aprobación judicial, los interesados deben imponerse de la resolución en la oficina del actuario. Si se requiere aprobación judicial, esto es, si en la partición existe alguna de las personas indicadas en el artículo 1,342, en conformidad al artículo ~~823~~ del Código de Procedimiento Civil, lo que se notifica a los asignatarios es el auto dictado por la justicia ordinaria en que se aprueba o modifica la partición. De modo que cuando no hay necesidad de aprobación judicial se notifica el laudo y ordenata; pero si ésta es necesaria, entonces no se notifica el laudo y ordenata, sino la resolución de la justicia ordinaria en que se aprueba la partición o se ordena modificar la sentencia dictada por el partidor.

El plazo para apelar de la sentencia arbitral es de quince días. Se cuenta desde que se notifica el laudo y ordenata cuando no se requiere aprobación judicial; y cuando ella es necesaria, desde que la justicia ordinaria ha aceptado o modificado la partición decretada por el árbitro.

De aquí resulta la sanción que se sigue a una partición en que, habien-

do incapaces a los que se refiere el artículo 1,342, no ha sido aprobada judicialmente. La sanción sería: se puede decir que la sentencia arbitral no ha quedado firme y podría subsistir indefinidamente el plazo para apelar. Porque lo que debe notificarse es el auto dictado por el juez ordinario en que aprueba la partición y sólo desde ese momento viene a contarse el plazo de quince días para apelar. Y nada de esto se ha hecho.

Independientemente de esta aprobación judicial del artículo 1,342, está la aprobación judicial que establece la Ley de Contribución de Herencia, la cual sólo dice relación con el impuesto de herencia. Es una disposición de carácter financiero y no substantivo (artículo 56 de la ley 5,427).

LA ADJUDICACIÓN

Concepto.—Puede decirse que es el acto en virtud del cual a un comunero se le paga su cuota hereditaria, haciéndole dueño de ciertos y determinados bienes de la masa hereditaria. Mediante la adjudicación de los bienes va a resultar que el derecho cuotativo que tenía el asignatario dentro de la sucesión va a ser tangible, porque se radica en bienes determinados. Esa es la esencia de la adjudicación. También puede decirse que es aquel acto por medio del cual una persona que es comunero en un bien pasa a ser dueño exclusivo de él.

La adjudicación sólo requiere un requisito esencial e indispensable, cual es que la persona a cuyas manos pasa la propiedad haya tenido en el bien algún derecho, una cuota, que puede ser pequeña o amplia. En otros términos, para que se pueda hablar de adjudicación es necesario que la persona que adquiere los bienes haya sido comunero antes en ellos. Por eso, exagerando, podemos decir que si un fundo pertenecía en 99 partes a Pedro y en una parte a Juan y se queda Juan con él al efectuarse la partición, hay adjudicación.

La adjudicación y la compraventa.—De aquí que sea necesario distinguir entre la adjudicación y la compraventa, dos cosas totalmente distintas. En la compraventa la persona que adquiere, el comprador, no ha tenido jamás con anterioridad ningún derecho en la cosa que compra; en la adjudicación existía con anterioridad un derecho, un derecho de condominio, una cuota en la comunidad. En segundo término, en la compraventa, es de la esencia que exista un precio; en la adjudicación propiamente no existe precio, y si se le adjudica un valor a la adjudicación es con el exclusivo fin de poder liquidar y distribuir los bienes.

Y hay enorme importancia en distinguir si existe adjudicación o compraventa. Por ejemplo, dentro de la sociedad conyugal. Porque si un bien

se adquiere por compraventa, como se trata de un acto a título oneroso, entra al haber absoluto de la sociedad; en cambio, si se adquiere por adjudicación, como es acto a título gratuito, entrará al patrimonio propio del cónyuge adjudicatario si se trata de un inmueble, y al haber relativo si se trata de mueble. Además, con respecto a las leyes tributarias: existe actualmente un impuesto del 3% a la primera transferencia de un bien raíz, impuesto que sólo se aplica a la compraventa y no lo paga la adjudicación. Estas y otras consecuencias nos llevan a insistir que son cosa distinta la compraventa y la adjudicación.

Pero hay algunos casos en los cuales puede existir dudas sobre si hay compraventa o adjudicación. El primer caso sería el siguiente: en conformidad al N.º 1.º del artículo 1,337, si se saca a remate un bien hereditario con postores extraños y es un asignatario el que se queda con el inmueble, porque ofrece más, el hecho de que se haya adquirido en pública subasta con asistencia de postores extraños no quita al acto el carácter de adjudicación (Corte Suprema, 10 de enero de 1920, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 18, sección I, página 417).

Otro caso más interesante: puede acontecer, como es frecuente en la práctica, que el bien adjudicado a alguno de los asignatarios exceda, y por mucho, a sus derechos hereditarios, y él, de su peculio tenga que enterar el valor del inmueble. Y entonces cabe preguntarse si en este caso, cuando se hace una adjudicación en que el heredero adjudicatario resulta alcanzado, habrá adjudicación o compraventa. El caso sería: Arturo tiene como cuota hereditaria \$ 300,000 y se le adjudica la propiedad de Delicias en \$ 350,000, que se pagan con los \$ 300,000 de su cuota hereditaria y con \$ 50,000 que entrega al partidor en dinero. La Corte Suprema ha resuelto que en este caso también hay adjudicación y que el hecho de que tenga que pagar parte del precio de su peculio no le quita el carácter de tal, porque subsiste la condición básica y única de la adjudicación: que la persona tenga con anterioridad un derecho sobre el inmueble. La Corte Suprema no se había pronunciado hasta el año 1936 sobre el punto; lo resolvió por primera vez en sentencia de 17 de abril de 1936 ("Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 33, sección I, página 266).

Acepción jurídica de la palabra "adjudicación".—Esta acepción que hemos dado a la palabra "adjudicación" es la acepción jurídica, porque en muchas ocasiones se emplea con impropiedad el término. Por ejemplo, en el artículo 1,264, que, al hablar de la acción de petición de herencia, dice que el heredero tiene derecho a que se le adjudique la herencia y se le restituyan. En realidad, el derecho que tiene el heredero es a que se le restituya la herencia. En seguida, el artículo 2,397, ubicado en la prenda, di-

ce que tiene derecho el acreedor prendario a adjudicarse la cosa dada en prenda, previa tasación de peritos. Aquí está tomada la palabra en el sentido de compra, porque lo que hace el acreedor es comprar el objeto dado en prenda. Por último, al referirse al juicio ejecutivo, muchas veces el Código de Procedimiento Civil habla de adjudicación; si concurre a un remate que se está haciendo en un juicio y me quedo con la propiedad, se dice que me la adjudico, acepción que tampoco es jurídica, porque no soy comunero.

La adjudicación de bienes no entraña disposición.—La Corte Suprema ha resuelto que no es nula una adjudicación por el hecho de que se haga antes de cumplirse con la exigencia del artículo 688, porque éste habla de disponer, y la adjudicación de bienes no es disposición, porque no significa transferencia de dominio. De modo que es válida la adjudicación que se hace a un asignatario aun cuando no se cumpla con dicho artículo (31 de agosto de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 30, sección I, página 577).

Efecto declarativo.—Directamente en relación con la adjudicación está el artículo 1,344, que determina el efecto de la partición; y según se desprende de él, la partición o adjudicación sólo tiene un efecto declarativo de dominio, pero en ningún caso efecto traslativo de dominio.

En el Derecho Romano el acto de partición tenía el carácter de traslativo de dominio; porque en él los bienes pasaban de poder del difunto a los coherederos, y después, del poder de éstos al poder del adjudicatario. Viene en seguida el Derecho francés antiguo, y en la mitad del siglo XVI la Corte de Casación francesa se pronunció sobre este punto en un sentido inverso, por dos razones: a) Una de orden económico. Porque si se consideraba que la adjudicación o actos de partición eran a título traslativo de dominio, debían soportar el impuesto que existía sobre la transferencia de los bienes; en cambio, si se consideraba que eran actos declarativos de dominio, como no había transferencia, no había necesidad de pagar el impuesto fiscal. b) Y otra de orden práctico: porque resultaba que si a uno de los herederos se le embargaba un bien hereditario, y después este bien embargado se adjudicaba a otro heredero, éste, sin tener arte ni parte, se veía obligado a soportar el embargo que existía sobre ese bien, para responder de la deuda de otros herederos. Estas dos razones movieron a la Corte francesa a cambiar rumbos y decir que la adjudicación y la partición no eran actos traslativos de dominio, sino declarativos de dominio. Esta doctrina la consagró el Código Francés y la admitió también el nuestro en el artículo 1,344.

De modo que según esta doctrina no se supone que el bien pasa de

manos del causante a los herederos y de ahí al adjudicatario, sino que, a virtud del efecto retroactivo del acto particional o de la adjudicación, se presume que el adjudicatario sucede directamente del causante; ha adquirido el bien, no por tradición, sino por sucesión por causa de muerte. Y mal podría adquirirlo por tradición, desde el momento que ya ha actuado otro modo de adquirir, la sucesión por causa de muerte. La adjudicación es un título declarativo de dominio, que viene a declarar el dominio del adjudicatario.

Por el hecho de ser indispensable que la persona a quien se entreguen los bienes haya sido comunero, dijimos que en la liquidación de la sociedad conyugal no podía adjudicarse a uno de los cónyuges un bien propio del otro. La mujer aporta un fundo a la sociedad conyugal, y ésta se disuelve por muerte de ella; al liquidarse, ese fundo no podría adjudicarse al marido, porque no era comunero en él. Resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago: 26 de junio de 1909, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 6, sección II, página 100.

Con esto se puede comprender mejor el caso, puesto dentro de la porción conyugal, que un cónyuge que hace uso del derecho del artículo 1,177 y renuncia a sus bienes propios y opta por la porción conyugal íntegra. Al pagársele la porción conyugal, se le adjudican los bienes que la mujer había aportado al matrimonio; y la Corte Suprema resolvió que el marido es comunero con los demás hijos en los bienes quedados al fallecimiento de la mujer, y, como es comunero, es válida la adjudicación (10 de julio de 1929, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 27, sección I, página 417). La Corte Suprema resolvió precisamente la cuestión discutible, lo que tenía que resolver: si el cónyuge sobreviviente era o no comunero. Si lo es, falló bien; si no lo es, falló mal.

Consecuencias del efecto declarativo de la adjudicación.—Relacionado con esta materia ~~del efecto declarativo de la adjudicación~~, hay varios puntos y artículos, que vienen a ser como una consecuencia de él.

1) Según el artículo 1,344 se supone que el adjudicatario ha sucedido directamente al difunto y que los demás asignatarios no han tenido jamás parte alguna en el bien que ha correspondido a aquél. X

2) Según el artículo 2,417, si alguno de los comuneros hipoteca su cuota de un inmueble, subsiste la hipoteca, siempre que se le adjudique a él el inmueble hipotecado. Si se adjudica a otro heredero, caduca la hipoteca, porque, como la adjudicación es un título declarativo de dominio, se supone que el asignatario que hipotecó el bien y que después no se lo adjudica no ha tenido ni la más mínima parte en él; en cambio, se considera

que el asignatario a quien se adjudica la cosa ha sucedido directamente del causante.

3) El artículo 718, ubicado en la posesión, dice precisamente que se entiende que el adjudicatario ha sucedido directamente al difunto y que podrá agregar a su posesión exclusiva todo el tiempo durante el cual estuvo la propiedad indivisa y que serán válidas todas las enajenaciones que haya hecho respecto de los bienes que le han sido adjudicados. Se presume que el adjudicatario ha estado poseyendo el bien desde el momento del fallecimiento del causante.

De acuerdo con el artículo 1,344, inciso 2.º, si uno de los asignatarios hubiere enajenado un bien que después se adjudica a otro asignatario, se procederá como en el caso de la venta de cosa ajena y, por lo tanto, el adjudicatario tendrá derecho a reivindicar el bien adjudicado. Gustavo Rosales enajena un bien hereditario, y en la partición se adjudica a María; a virtud del artículo 1,344, se presume que María es dueña del bien desde el fallecimiento de su padre y, por lo tanto, tiene derecho a reivindicarlo.

4) Según lo ha dicho la jurisprudencia, caduca el embargo cuando el bien embargado pasa a manos de otro de los coasignatarios. Por ejemplo, si la casa ha sido embargada por un acreedor de Gustavo Rosales y la adjudicación de ella se hace a María, el embargo caduca, y María podría reivindicarla interponiendo tercería de dominio, por el hecho de ser dueña desde el fallecimiento del causante (19 de diciembre de 1919, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 19, sección I, página 33).

5) A la partición o adjudicación no se aplica el artículo 1,464, según el cual hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas. Este artículo habla de enajenación y la adjudicación no es enajenación. Por eso la jurisprudencia ha concluido que la adjudicación de un bien embargado no adolece de objeto ilícito (19 de diciembre de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 32, sección II, página 33).

6) Si se adjudica un bien raíz a uno de los cónyuges, dicho bien permanece en su haber propio; y si se trata de un bien mueble, ingresa al haber relativo.

7) Con respecto a las leyes tributarias, el impuesto del 3% que grava a la primera transferencia del inmueble, no se aplica a la adjudicación, porque en ella no hay transferencia. El artículo 688, que habla de "para disponer de un inmueble", no tiene aplicación cuando ha existido adjudicación.

En suma, la adjudicación de los bienes no supone transferencia ni enajenación.

La evicción dentro de la partición.—A ella se refieren los artículos 1,345, 1,346 y 1,347. Puede acontecer que el adjudicatario se vea moles-

tado en la posesión de los bienes adjudicados o que, aun más, se vea privado del todo o parte del dominio de esos bienes; es decir, que respecto de los bienes adjudicados se produzca la evicción. En este caso, el artículo 1,345 da derecho al adjudicatario evicto para llamar en su auxilio a los otros coasignatarios y para que concurran a indemnizarlo de la evicción sufrida.

Puede ofrecer duda el fundamento de la evicción dentro de la partición de los bienes. No faltan autores que sostienen, erradamente, que la evicción se aplica en la partición porque ésta es un título traslativo de dominio, una especie de compraventa. Pero no es éste el fundamento. Es sencillamente la igualdad que el legislador quiere que reine en lo que se refiere a la partición. Esta tiene por objeto dar exactamente a cada asignatario lo que le corresponde en la sucesión. Y si posteriormente al asignatario que se le adjudica un bien es evicto de él, se quiebra la igualdad.

Lacónico ha sido el legislador al reglamentar la evicción en las particiones. Por de pronto, no dice expresamente si sólo la turbación de derecho da origen a esta acción, o si también una privación de hecho. Parece lógico que sólo la primera, cuando un tercero pretende tener derechos sobre la cosa adjudicada. Tampoco ha dicho si el adjudicatario evicto tiene facultad para citar de evicción. Parece lógico que sí.

Pero no siempre el coasignatario tiene derecho a reclamar por la evicción. El artículo 1,346 señala los tres casos en que no va a poder gozar de esta acción:

1) Cuando la causa que motiva la evicción se produce después de la adjudicación. El mismo principio de la compraventa: para que pueda haber evicción en ella se requiere que la causa sea anterior a la venta;

2) Cuando ha renunciado a la acción. No hay inconveniente, aplicando el artículo 12; es un derecho que va exclusivamente en beneficio del adjudicatario; y

3) Cuando la evicción se produce por su culpa. Por ejemplo, cuando pudo defenderse oponiendo acción de prescripción y no lo hizo.

El artículo 1,347 señala los efectos de la evicción: consisten en que los demás coasignatarios concurren a indemnizar al adjudicatario evicto de los perjuicios sufridos con la evicción, y se dividen a prorrata de sus cuotas. Se incluye también la cuota de los insolventes.

En conformidad al inciso 2.º del artículo 1,345, esta acción prescribe en cuatro años, contados desde la evicción. Prescripción que por ser especial no se suspende (artículo 2,524).

ACCIONES Y RECURSOS CIVILES Y PROCESALES CONTRA LAS PARTICIONES

La nulidad y la rescisión.—El artículo 1,348 sienta un principio de trascendental importancia al decir que las particiones se anulan de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. Y el inciso 2.º agrega que “la rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota”. Esta disposición no significa que la partición sea necesariamente un contrato, porque si fuera un contrato no tendría para qué el legislador establecer este artículo 1,348. Pero, si bien no es contrato, por lo menos en ella la voluntad de las partes tiene capital importancia; los acuerdos de voluntad de los asignatarios son la base de la partición. Esta es la razón del artículo 1,348.

En los contratos, la nulidad puede ser absoluta y relativa. Lo mismo acontece dentro de las particiones; existen las dos clases de nulidad. Así, si una partición se efectúa habiendo incapaces, sin que el tutor o curador solicite autorización judicial para provocar la partición, como lo exige el artículo 1,322, adolecería de nulidad relativa, porque la exigencia de este artículo es en consideración al estado de incapacidad de los asignatarios. También habrá nulidad relativa si el nombramiento de partidor hecho por el testador o los coasignatarios, cuando hay incapaces, no fuere aprobado por la justicia; y asimismo, si en cualquier actuación, al tomarse los acuerdos, algún asignatario hubiere padecido de error o dolo. En otros casos habrá nulidad absoluta; por ejemplo, si en el nombramiento de común acuerdo del partidor se hubiere omitido citar a uno de los coasignatarios.

Según lo ha resuelto la Corte Suprema (22 de diciembre de 1922, “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo 21, sección I, página 1,072), las causales de nulidad no sólo pueden producirse en la sentencia arbitral, sino también se pueden producir durante el transcurso de la partición, en cualquiera actuación, como, por ejemplo, si al hacerse una adjudicación uno de los asignatarios es víctima de error.

Otro caso de nulidad absoluta sería: a un hijo de familia se le deja una herencia con la condición de que el padre no tenga la administración de estos bienes. Condición perfectamente posible y aceptada por el legislador. Si, haciendo caso omiso de la voluntad del testador, concurre a la partición de esa herencia el hijo representado por su padre, la partición adolecería de nulidad absoluta. Procede en este caso el nombramiento de un curador adjunto. Resuelto por la Corte Suprema: 19 de octubre de 1926, “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo 25, sección I, página 227.

Estas son las causales de nulidad que pueden afectar a la partición desde el punto de vista de la partición como contrato, en cuanto hay en ella

un acuerdo de voluntades. Pero la partición es también un juicio y, por lo tanto, debe considerarse su aspecto procesal. Por eso, al lado de las nulidades substantivas que pueden afectar a la partición en cuanto contrato, existen las nulidades de carácter procesal. Y así, si el partidador omite el juramento de estilo o la aceptación del cargo, tal omisión sólo va a dar origen a una nulidad procesal, y no civil, porque ella transformaría al partidador en un juez incompetente. También la omisión de la tasación (trámite de carácter procesal) trae consigo una nulidad procesal. Lo esencial de la distinción está en que las nulidades procesales sólo podrán reclamarse durante el juicio o bien mediante el recurso de casación en la forma; pero una vez ejecutoriada la resolución no habría caso de alegarlas.

En esta parte la ley expresamente ha reglamentado un caso de nulidad civil: el relacionado con la *lesión* que puede sufrir alguno de los coasignatarios. Dice el artículo 1,348 que existirá lesión cuando fuere perjudicado el asignatario en más de la mitad de su cuota hereditaria. Por ejemplo, la cuota es 100 y se le han entregado bienes por 40. Este es uno de los casos determinados en que la lesión se consagra como vicio del consentimiento, por cuanto no constituye un vicio de carácter general (otros casos son en la cláusula penal, permuta, aceptación de la herencia). El porqué de esta consagración de la lesión dentro de la partición radica en la igualdad que el legislador desea entre los coasignatarios.

En términos generales, los efectos de la lesión en la partición son los mismos que los de toda nulidad: retrotraer las cosas al estado anterior; y habrá necesidad entonces de hacer una nueva partición para darle al asignatario lesionado lo que de derecho le corresponde.

Recuérdese que el artículo 1,895 establece que una vez producida la lesión el comprador deberá entregar el bien libre de toda hipoteca. Disposición interesante porque es una excepción al principio del efecto retroactivo de la nulidad. Porque la hipoteca constituida por el comprador, si después se produce la evicción, no caduca; y debería caducar si se aplicaran los principios de la retroactividad de la nulidad. La Corte Suprema resolvió (29 de diciembre de 1930, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 28, sección I, página 430), que este artículo 1,895 no se aplica a la lesión que puede producirse dentro de la partición. Y, por lo tanto, la hipoteca que constituye un adjudicatario; cuando después se declara la lesión de la partición, no se rige por el artículo 1,895, sino que entraría a aplicarse el artículo 2,417; se considerará que el adjudicatario lesionado ha hipotecado la cuota que le corresponde como adjudicatario.

Pero la ley desea que los contratos y los acuerdos de los particulares en lo posible se cumplan y produzcan sus efectos; no desea las nulidades. Por eso el artículo 1,350, en este caso de lesión, da derecho a los demás asig-

natarios para que atajen la acción de lesión del adjudicatario lesionado, entregándole en numerario el monto de su perjuicio. Si faltan 20 para su cuota, se le entregan.

El legislador sólo ha reglamentado el vicio de la lesión y no se ha referido a otros casos de nulidad. Pero el artículo 1,351 establece que no tiene derecho a solicitar la nulidad el asignatario que ha cedido o transferido su cuota, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio. Este artículo es difícil de comprender. No dice si la enajenación la efectúa el asignatario antes o después de la partición: "el partícipe que haya enajenado su porción en todo o parte". Es evidente que no puede referirse al caso que haya enajenado antes de la partición, porque entonces no tiene interés alguno en ésta. Parece, pues, referirse al partícipe que durante la partición enajena sus derechos. Y entonces puede decirse que a la enajenación de los derechos le atribuye la virtud de una renuncia a las acciones de nulidad, y la única excepción que hace es en el caso que exista error, fuerza o dolo: en este caso siempre podrá pedir la nulidad.

Todavía otro punto: ¿se refiere únicamente a la lesión o en general a las acciones de nulidad? Barros Errázuriz dice que sólo a la lesión. Pero el artículo no autoriza esta interpretación, sino más bien se refiere en general a la nulidad, máxime cuando el artículo 1,352 se refiere también en general a todas las nulidades. Dice: "La acción de nulidad o de rescisión prescribe respecto de las particiones según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acciones". Aplicando este artículo, la Corte Suprema ha resuelto que si se trata de una partición en que hay error o dolo, la acción de nulidad prescribirá en cuatro años, porque hay nulidad relativa, y este artículo 1,352 aplica las reglas generales de la prescripción (4 de enero de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 30, sección I, página 179).

Con respecto a la *prescripción de las acciones de nulidad*, puede presentarse la siguiente cuestión: En conformidad al artículo 1,692, la acción de nulidad relativa prescribe en cuatro años y pasa a los herederos, y si ya ha principiado a correr, sólo gozarán del residuo hasta completar el cuatrienio; pero si hay menores, se suspende a su favor. Se ha pretendido ante los tribunales que este plazo, dentro de la partición, debe suspenderse también para los herederos menores. Pero no es posible, porque lo que dice el artículo 1,692 es que las acciones que pudo entablar el causante se suspenden cuando pasan al heredero menor; y en el caso del artículo 1,352, la acción de nulidad nace precisamente con motivo de la partición, pero no pertenecía al causante. No hay nulidad transmitida por el causante. De modo que, en realidad, en este caso, no se entabla la acción en calidad de heredero, sino de coasignatario de una partición. Por eso la Corte Suprema resolvió

que esa suspensión no se aplica al artículo 1,352 (7 de noviembre de 1931, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 29, sección I, página 159).

El artículo 1,353 deja libertad a los herederos o coasignatarios para dirigir contra quien corresponda la acción de indemnización de perjuicios si no quisieren entablar la acción de nulidad. Aplicación de las reglas generales de la nulidad.

La resolución, ¿se aplica en las particiones?—Hasta este momento hemos hablado de nulidad y rescisión. ¿Y la resolución? ¿Se aplica en las particiones? Supongamos que se adjudica a uno de los herederos un bien hereditario, pero resulta alcanzado, porque el bien vale 100 y su cuota era 80; queda un saldo insoluto de 20. Si después no lo paga, ¿tendrán los demás asignatarios derecho para pedir la resolución de esta adjudicación y partición? Débilmente podría sostenerse la afirmativa, fundándose en que el artículo 1,348, al decir que las particiones se anulan y "rescinden", ha querido decir "resuelven", porque el legislador muchas veces ha incurrido en el error. Pero consideramos que una partición no es susceptible de resolverse:

a) Porque es absurdo fundar una doctrina en un error del legislador, en un mal empleo de términos;

b) Porque la condición resolutoria tácita sólo va involucrada en los contratos bilaterales, en conformidad al artículo 1,489, y la partición de bienes no constituye un contrato bilateral; no obstante tener algo de contrato y tener mucha fuerza el acuerdo de las partes;

c) La resolución dentro de las adjudicaciones y particiones traería funestas consecuencias, de tal modo que sería peor el remedio que la enfermedad. El coasignatario no paga el alcance; se produce la resolución; habrá que hacer una nueva partición; se adjudica el bien a otro asignatario; resulta alcanzado, tampoco cancela el saldo; nueva resolución; nueva partición.

d) Pero, como el legislador no concede la acción de resolución, hubo de tomar en cuenta la situación en que quedaban los demás coasignatarios, e imaginamos que el Código de Procedimiento Civil argumentó: a los adjudicatarios el Código Civil no ha dado acción de resolución, por su peligro; sólo tiene derecho a exigir el pago del alcance del saldo insoluto; pero es poco, y hay que darles otro derecho: y dió la hipoteca legal. Y entonces, para garantizar el alcance, existe la hipoteca legal, por el solo ministerio de la ley. Y con ella se pagarán los demás coasignatarios.

e) La Corte Suprema sustenta esta opinión: 29 de julio de 1905, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 3, sección I, página 66. La sentencia es interesante, obra de don Leopoldo Urrutia, contiene un acabado estudio y aparece un comentario de don Luis Claro Solar al pie. índice

CAPITULO VIII

DEL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS

Fundamento de este pago.—En conformidad al artículo 1,097, los herederos, como continuadores de la persona del difunto, son obligados al pago de las deudas hereditarias y testamentarias. Sin embargo, algunos consideran que la aceptación de la herencia constituye un cuasi-contrato, y que es a virtud de este cuasi-contrato que nace que los herederos están obligados a dicho pago. Se fundamentan en el artículo 1,437, que, al enumerar las fuentes de las obligaciones, dice que pueden nacer “de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi-contratos”. Pero la verdad es que la redacción misma de este artículo no hace pensar que la aceptación de la herencia sea un cuasi-contrato, porque los ha separado. De aquí que sea más propio decir que los herederos son obligados a pagar las deudas hereditarias y testamentarias, porque son los representantes de la persona del difunto. Pero naturalmente que sólo están obligados a pagar una vez que acepten la herencia; porque si repudian, opera con efecto retroactivo la repudiación y se presume que jamás han sido herederos.

Deudas hereditarias y testamentarias.—Deudas hereditarias son las que el difunto tenía en vida, antes de morir. Deudas testamentarias son las que emanan del testamento; son los legados.

Responsabilidad de los herederos por las deudas de la herencia.—La responsabilidad es amplia. Se aplica a todas las deudas transmisibles del difunto. Es indiferente la fuente de la obligación; no importa que nazcan de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o la ley, porque todas pasan a los herederos, excepto las intransmisibles. Corrobora este aserto el artículo 2,316, ubicado dentro de los delitos y cuasidelitos, que dice que es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. Son obligaciones intransmisibles aquéllas que nacen de los contratos intuito-personæ;

generalmente las obligaciones de hacer; por ejemplo, las que emanan del mandato, sociedad colectiva, confección de obra material. También muchas obligaciones legales son intransmisibles.

EL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS

División de las deudas entre los herederos.—En conformidad al artículo 1,354, los herederos responden de las deudas de la herencia a prorrata de sus cuotas. Así, el heredero de un tercio responderá de un tercio de las deudas. De manera que con respecto a las deudas acontece algo distinto que con respecto a los bienes de la sucesión. Porque respecto de éstos se crea una comunidad, que será necesario partir para ponerle término. En cambio, con respecto a las deudas no hay tal comunidad, sino que, por regla general, se dividen de pleno derecho y a prorrata de las cuotas hereditarias. Este doble carácter tienen las deudas hereditarias: la división se produce ipso jure, sin necesidad de sentencia judicial, y a prorrata de las cuotas.

División de los créditos.—Punto de importancia práctica y doctrinaria es determinar si los créditos que tenía el difunto se dividen también a prorrata. Porque si decidimos que sí, resultaría que cada heredero podría exigir al deudor su cuota en el crédito. Un tercero debe 300 al causante y éste deja tres hijos; con esta conclusión, uno de los hijos podría demandar el pago de 100. De lo contrario, tendrían que actuar los herederos de conjunto para exigir el pago del crédito al deudor. La Corte Suprema (4 de mayo de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 30, sección I, página 425), se resolvió por la afirmativa, y declaró que cada heredero podía cobrar su cuota en el crédito. La sentencia ha dado origen a discusiones. Al pie de ella, el señor Arturo Alessandri formula observaciones y se muestra descontento; y hay otro artículo de don Gonzalo Lavín, conforme con el señor Alessandri. Parece verdadera la doctrina del señor Lavín y de la Corte Suprema, sobre todo en presencia de lo que dispone la parte final del N.º 4.º del artículo 1,526, que dice: "Pero los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas".

Consecuencias del hecho de que cada heredero responde de su cuota en las deudas de la herencia.—1) Las obligaciones de los herederos pasan a tener el carácter de conjuntas, por cuanto deben pagar únicamente la cuota que tienen dentro de la herencia. En relación con el artículo 1,523: la responsabilidad de los herederos por las deudas de la herencia es cuotativa o conjunta, aun cuando la obligación contraída por el causante fuere solidaria. Porque una de las formas de extinción de la solidaridad es el fa-

llecimiento del deudor; la obligación, de solidaria que fué en el causante, se transforma en conjunta al pasar a los herederos. De modo que los herederos no tienen responsabilidad solidaria.

2) Por tratarse de obligación conjunta, el artículo 1,355 establece que la insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros, salvo el caso del inciso 2.º del artículo 1,287. Si hay tres herederos por partes iguales y se trata de obligación de 300, cada uno está obligado a pagar 100; pero si Pedro se hace insolvente, Juan y Diego no cargan con sus 100, sino que sólo están obligados a pagar los 100 de ellos primitivos. Salvo el caso del inciso 2.º del artículo 1,287: porque el albacea tiene la obligación de avisar la apertura de la sucesión y formar una hijuela pagadora de las deudas, y cuando no lo cumple, pasa la obligación a los herederos mayores de edad, los cuales se hacen solidariamente responsables de los perjuicios que causen a los acreedores por incumplimiento.

3) Puede acontecer que uno de los herederos sea acreedor o deudor de la sucesión: dice el artículo 1,357 que la confusión con respecto al crédito o deuda sólo se opera en la cuota que corresponde al heredero, pero subsiste el crédito o deuda en el resto. El caso sería: Pedro, heredero, es deudor de 30 al causante; hay tres herederos. En virtud del artículo 1,357, sólo se extingue la deuda por confusión parcialmente, en los 10 que iban a corresponder a Pedro, pero subsiste en los 20 restantes, los cuales podrán cobrarle Juan y Diego. Ahora, si Pedro es acreedor de 30, se opera confusión por 10, y sólo podrá exigir a la sucesión el pago de los 20 restantes.

Excepciones en las que no se dividen las deudas de la herencia a prorrata de las cuotas hereditarias.—Son:

1) En conformidad al artículo 1,354, cuando uno de los herederos hubiere aceptado con beneficio de inventario; porque entonces, de acuerdo con el artículo 1,247, el efecto del beneficio de inventario es limitativo de la responsabilidad del heredero, el cual sólo responderá hasta el monto de los bienes recibidos.

2) En conformidad al inciso final del artículo 1,354, en el caso del artículo 1,526, cuando se trata de una obligación indivisible; está obligado a cumplirla cualquier heredero; no hay división a prorrata. Porque la indivisibilidad, a diferencia de la solidaridad, pasa a los herederos.

3) En caso que los herederos sean usufructuarios o fideicomisarios. En esta situación se aplican los artículos 1,368 y 1,372. El primero se refiere al usufructo, y da las siguientes reglas:

a) Está obligado a pagar las deudas el nudo propietario; pero el usufructuario tiene la obligación de pagarle los intereses corrientes de la suma desembolsada por él durante todo el tiempo que dure el usufructo; porque

estos intereses que corren contra el nudo propietario son una verdadera carga fructuaria;

b) Si el nudo propietario no tiene mayor interés en pagar la deuda, puede pagarla el usufructuario, y tendrá acción de reembolso contra el nudo para que le devuelva lo pagado, pero sin intereses. No aparece claro en el artículo 1,368 si el acreedor hereditario va a poder dirigirse indistintamente contra el nudo o el usufructuario. Por la expresión "podrá el usufructuario pagar", parece deducirse que es facultativo para él hacer el pago y, por lo tanto el acreedor sólo podrá dirigirse contra el nudo;

c) Si como consecuencia de una hipoteca que pesaba sobre la cosa dada en usufructo se saca a remate la propiedad, se aplica el artículo 1,366.

En conformidad al N.º 6.º del artículo 1,337, puede constituirse un usufructo por la sentencia del partidor. Pues bien, de acuerdo con el artículo 1,371, cuando el usufructo tiene por origen la sentencia judicial, se aplica la misma regla del artículo 1,368. Lo que significa que el artículo 1,368 se aplica cualquiera que sea el origen del usufructo.

Las reglas del fideicomiso las establece el artículo 1,372, con claridad: "El propietario fiduciario y el fideicomisario se considerarán en todo caso como una sola persona respecto de los demás asignatarios para la distribución de las deudas y cargas hereditarias y testamentarias, y la división de las deudas y cargas se hará entre los dos del modo siguiente:

"El fiduciario sufrirá dichas cargas con calidad de que a su tiempo se las reintegre el fideicomisario sin interés alguno.

"Si las cargas fueren periódicas, las sufrirá el fiduciario sin derecho a indemnización alguna".

Muchas deudas va a estar obligada a pagarlas la sociedad conyugal respecto de terceros, según las reglas del caso; pero cuando las deudas son personales de los cónyuges, le nace a ella una acción de reembolso contra el cónyuge deudor. Es lo que constituye el pasivo relativo. Pues bien, en ciertos casos puede presentarse la misma situación dentro del pago de las deudas hereditarias:

Primer caso: En conformidad al artículo 1,340, si un heredero en la partición quiere adjudicarse una mayor parte de las deudas, que legalmente le corresponden, será oído, y se hará una división distinta de las deudas; o bien el testador puede imponer esta división distinta. Pero los acreedores hereditarios, como no han sido parte en el convenio de los herederos ni puede afectarles la voluntad del testador, en conformidad a los artículos 1,358 y 1,359, tienen un derecho optativo: o respetan la división convencional, y entonces no se produce situación posterior, o conservan su derecho a exigir a cada heredero su cuota en la deuda, aplicando la regla general del artículo

1,354. Estos dos artículos concuerdan con el N.º 4.º del artículo 1,526, que establece la misma disposición.

Si los acreedores hacen uso del derecho del artículo 1,354 y exigen a uno de los herederos una mayor porción en la deuda que la que le asignó el testador o acordaron los herederos, dicho heredero va a estar obligado a pagar, pero tiene derecho a repetir contra los demás herederos. Entre ellos se cumple el acuerdo. El caso sería: Pedro, Juan y Diego: herederos; deuda de 300. Se acuerda que a Pedro no toque nada en la deuda; se dividen 150 entre Juan y Diego. Si el acreedor se dirige contra Pedro por 300, está obligado a pagar; pero, una vez que pague, tiene derecho contra Juan y Diego para que se los devuelvan.

Estas dos disposiciones nos pueden dar fundamento para otra cuestión: si el heredero cede su cuota hereditaria, ¿contra quién podrá dirigirse el acreedor hereditario? No hay duda que puede dirigirse contra el cesionario. ¿Pero también contra el cedente? Igualmente afirmativo, porque el acreedor no intervino en el acuerdo de los herederos; y el cedente no podrá exonerarse diciendo que cedió su derecho y que se dirija contra el cesionario. Se aplican los principios de la novación.

Segundo caso: El artículo 1,365 se pone el caso de que haya varios inmuebles hipotecados, y dice que el acreedor tendrá acción solidaria contra todos los herederos. Pero la verdad es que emplea mal la expresión "tendrá acción solidaria". Porque a lo que ha querido referirse es al principio de la indivisibilidad de la acción hipotecaria, que contempla el artículo 2,408. No hay solidaridad, sino que, si hay varios inmuebles hipotecados con respecto a una deuda, el acreedor hipotecario, haciendo uso del artículo 2,408, puede perseguir cualquier bien hipotecado. Por ejemplo: el difunto debía 500; para garantizar el pago da en hipoteca sus tres fundos; y uno se adjudica a Pedro, otro a Juan y otro a Diego. El acreedor hipotecario, como la acción hipotecaria es indivisible, para pagarse puede perseguir el fundo de Pedro, de Juan o de Diego. Y, en este caso, si uno de los herederos se ve obligado a pagar la totalidad de la deuda, puede repetir contra los otros la cuota que corresponde a cada uno.

El artículo 1,365 discurre sobre la base de que se trate del ejercicio de la acción hipotecaria, por parte del acreedor, única que tiene el carácter de indivisible. Si entabla la acción personal, como ésta es divisible, cada heredero sólo responde por su cuota en la deuda.

El mismo artículo establece que no podrá cobrar el total de deuda aun cuando el acreedor le ceda o lo subrogue en sus derechos. Exactamente igual al artículo 1,522: si paga un deudor solidario la deuda, puede repetir contra los otros codeudores, pero no por la totalidad, sino por su cuota. La deuda, de solidaria con respecto a los terceros, se transforma en conjunta

respecto de los codeudores solidarios. Aquí es igual: el heredero no puede repetir por el total, sino por la cuota que corresponde a los otros herederos.

Tercer caso: Se presenta con respecto al legatario; el artículo 1,366 se pone en el caso de que un bien legado esté afecto a una hipoteca. Hay que distinguir algunas situaciones:

Si expresa o tácitamente el testador gravó al legatario con la hipoteca, tiene que resignarse a pagarla;

Si no lo ha gravado expresa ni tácitamente, hay que hacer subdistinciones, según que la hipoteca estuviere garantizando una deuda personal del causante o una deuda de un tercero.

Si garantiza deuda personal del causante, el acreedor puede dirigirse contra el legatario, porque ejercita la acción real de hipoteca; pero como al legatario no se le había impuesto la obligación de pagar la hipoteca, el artículo 1,366 dice que queda subrogado en los derechos del acreedor para exigir el reembolso a los herederos; porque ellos son los obligados a pagar las deudas hereditarias. Este artículo 1,366 contempla un caso de subrogación legal no contemplado en el artículo 1,610, disposición que no es taxativa.

Si garantiza deuda de un tercero y paga el legatario, no puede repetir contra los herederos; pero, aplicando la regla general del artículo 2,429, el legatario se subroga en los derechos del acreedor y se dirigirá contra el tercero a favor del cual se constituyó la hipoteca.

Los acreedores hereditarios pueden tener en contra de la sucesión una acción ordinaria o una acción ejecutiva. Si tienen una acción ordinaria, pueden iniciar directamente el juicio. Pero si se trata de acción ejecutiva, si existe un título ejecutivo contra el causante, el artículo 1,377 dice que es necesario, para seguir adelante la ejecución entablada en vida del causante, notificar a los herederos, y sólo podrá iniciarse la ejecución ocho días después de la notificación de los títulos. En otros términos, esta notificación constituye una gestión preparatoria de la vía ejecutiva.

Responsabilidad que puede afectar a los legatarios por las deudas de la herencia.—Está establecida en el artículo 1,362. Puede nacer por dos razones:

1) Porque en la institución de los legados el testador no ha respetado las legítimas. El artículo 1,362 dice que cuando han sido perjudicadas las legítimas están obligados a reducirse los legados. Pero guarda silencio para el caso que los legados vayan a menoscabar la cuarta de mejoras: ¿sufrirán también cercenamiento de sus derechos los legatarios? Sí, porque se trata de una asignación forzosa. Bello, cuando redactó el artículo 1,362, no con-

templaba la cuarta de mejoras—que fué introducida por la Comisión Revisora—y olvidó modificar el artículo después.

2) Por las deudas hereditarias. Pero para que los legatarios respondan de las deudas hereditarias, deben llenarse dos condiciones:

a) Que al abrirse la sucesión no hayan existido bienes suficientes para pagar las deudas hereditarias. Se deduce a contrario sensu que si existen bienes en dicho momento y después desaparecen, ya no afecta responsabilidad al legatario. Es una especie de sanción para los acreedores negligentes;

b) Esta responsabilidad es en subsidio de la de los herederos. Lo dice el artículo 1,362. Por eso el legatario goza de una especie de beneficio de excusión. Demandado por los acreedores, puede decir que su responsabilidad es subsidiaria, que se dirijan contra los herederos y que si éstos no cancelan paga él las deudas.

Hay un punto no resuelto expresamente: ¿El legatario está obligado a cancelar ilimitadamente las deudas de la herencia, o sólo hasta el monto de lo que recibe por legado? Con auxilio de dos disposiciones, podemos sentar que la regla general es que sólo responde hasta el monto de lo que recibe líquido de la sucesión:

1) El artículo 1,364 se pone en el caso de que un legatario se vea obligado a pagar un legado, esto es, una carga testamentaria, y expresamente dice que no está obligado a pagar más allá del beneficio reportado por la asignación. Si el legislador procedió así respecto de las cargas testamentarias, no se ve por qué aplicar un criterio distinto en las deudas hereditarias;

2) El artículo 1,363 se refiere a los legados con causa onerosa, y dice que en su caso sólo está obligado a pagar el legatario por deudas de la herencia lo que queda después de deducido el gravamen y siempre que se hubiere cumplido éste y su cumplimiento significare una inversión de dinero. Si se deja a un legatario 20 con la obligación de dar 10 a las Ollas Infantiles, sólo responde de 10, porque a los 20 se les deduce el gravamen que impuso el testador. Disposición que también indica que el legatario goza del beneficio de inventario por el solo ministerio de la ley.

Legados privilegiados y comunes.—Los legados, para el efecto del pago de las deudas hereditarias, se clasifican en privilegiados y comunes, como se deduce de los artículos 1,170, 1,363 y 1,141. Ellos son 6; y para concurrir a dicho pago están en el siguiente orden:

1) En primer término, están los legados de alimentos forzosos que, en conformidad al artículo 1,363, no contribuyen al pago sino a falta de todos los demás. Propiamente no constituyen un legado, sino una asignación forzosa y una baja general de la herencia (N.º 4.º del artículo 959). Esta misma idea la repite el artículo 1,170 y hasta cierto punto hay una pequeña

contradicción entre el 1,170 y la parte final del 1,363. Esta hace correr con las deudas hereditarias a los alimentos forzosos a falta de los demás legados; se impone una responsabilidad, aunque muy subsidiaria. En cambio, el artículo 1,170 manifiesta que no están obligados por las deudas de la herencia, sino que sólo puede acontecer que se rebaje el monto de la pensión alimenticia cuando fuere muy subida. Parece lógico aplicar preferentemente el artículo 1,170, porque es una disposición especial, que se aplica exclusivamente al caso de los alimentos forzosos; en cambio, el artículo 1,363 contempla diversos casos de legados.

2) El segundo orden es el del artículo 1,194, y se presenta cuando la parte por asignación de mejoras no cabe dentro de la cuarta de mejoras o la que se hace por legítima no cabe en la mitad legitimaria o cuarta de mejoras: el exceso se saca de la cuarta de libre disposición con preferencia a toda otra inversión. Tampoco es caso típico de legado.

3) El tercer orden lo constituyen los legados de beneficencia y obras pías, contemplado en el artículo 1,363 y que propiamente es legado.

4) El cuarto orden es el de los legados que expresamente hubiere exonerado el testador del pago de las deudas (artículo 1,363).

5) El quinto orden está constituido por las donaciones revocables, siempre que el testador hubiere entregado en vida las cosas donadas, o por los legados, cuando entregare en vida al legatario la cosa legada (artículo 1,141).

6) Los legados comunes, aquéllos que no gozan de preferencia, están en último término.

La preferencia en materia de legados consiste en que éstos no están obligados a concurrir al pago de las deudas sino a falta de otro legado inferior. Por eso el acreedor hereditario se dirigirá, antes que todo, contra los legados comunes, y a falta de ellos, contra los del quinto orden, y así irá subiendo en el orden indicado.

DEUDAS TESTAMENTARIAS

A quiénes afectan. Cuándo se dividen entre todos los herederos.— En conformidad al artículo 1,360, está obligado a pagarlas aquel heredero o legatario al cual el testador le hubiera impuesto expresamente esta obligación. Pero la responsabilidad que les cabe en este caso tiene limitaciones. Porque si es heredero que ha aceptado con beneficio de inventario, sólo responderá siempre que el legado no exceda de lo que le corresponde en la herencia; y si se trata de un legatario se aplica el artículo 1,364, que le otorga un beneficio de inventario por el solo ministerio de la ley, y sólo estará

obligado a cumplir el legado siempre que no exceda del beneficio que le ha reportado la asignación a título singular.

Si nada dice el testador, los legados deben soportarlos los herederos, a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Hay que considerar el usufructo y el fideicomiso. Al usufructo se refieren los artículos 1,369 y 1,370. En conformidad a esas reglas, las cargas testamentarias que recayeren sobre el usufructuario o propietario está obligada a pagarlas la persona a quien el testador le impuso la carga, sea el nudo propietario o el usufructuario. Si nada dice el testador, está obligado a pagar el nudo propietario, pero el usufructuario debe devolverle los intereses por las sumas pagadas durante la duración del usufructo, salvo que se trate de legados de pensiones periódicas: entonces sólo paga el usufructuario, porque constituye una carga fructuaria. Con respecto al fideicomiso, se aplica la misma regla que el artículo 1,372 da para las deudas hereditarias.

En conformidad al artículo 1,373, los acreedores testamentarios deben dirigir sus acciones, para que se les pague el legado, conforme a las reglas del artículo 1,360. Esto es, si hay personas gravadas expresamente, deben dirigirse contra ellas; si no, contra los herederos a prorrata de sus cuotas.

División que pueden hacer los herederos. Acción de los legatarios.—Pero no hay inconveniente para que los herederos, en la partición de los bienes, distribuyan en otra forma los legados. Entonces el legatario tiene los mismos derechos que los acreedores hereditarios. Y este derecho consiste en una facultad optativa: perseguir el pago de su legado en conformidad al artículo 1,360, o respetar el acuerdo de los asignatarios.

Respecto de los legados, hay que tener presente el artículo 1,366, que se pone en el caso que sea obligado el legatario a pagar una hipoteca: “El legatario que en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada ha pagado una deuda hereditaria con que el testador no haya expresamente querido gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos. Si la hipoteca o prenda ha sido accesoria a la obligación de otra persona que el testador mismo, el legatario no tendrá acción contra los herederos”.

Otro punto en que se aplican las mismas reglas de las deudas hipotecarias es el caso en que el heredero haga cesión de los derechos hereditarios: el legatario podrá dirigirse indistintamente contra cesionario o cedente, como en el caso de los acreedores hereditarios.

Si el legatario es de especie o cuerpo cierto y quiere pagarse de su legado, entabla acción reivindicatoria, porque se hace dueño por el solo fa-

llecimiento del causante. Si es legatario de género, sólo tiene acción personal contra los herederos.

Orden de preferencia en el pago.—¿Quién se paga primero, el acreedor hereditario o el legatario? El artículo 1,374, en relación con el artículo 959, da la regla general: tiene preferencia para pagarse la deuda hereditaria sobre la carga testamentaria; se paga primero el acreedor hereditario. De aquí la importancia que tiene que en el legado de deuda haya o no un principio de prueba por escrito; la situación no es diferente para el acreedor. Porque cuando el testador confiesa en el testamento una deuda de la cual ni siquiera hay principio de prueba por escrito, se entiende que es legado; si hay principio de prueba por escrito, es deuda hereditaria, y en este caso queda en mejor condición, porque la deuda se paga antes. Porque el legado es una asignación, parte de la herencia; y sólo puede haber herencia una vez que se deduzcan las deudas que tenía en vida el difunto. Por eso el artículo 959 contempla las deudas hereditarias como baja general; en tanto que los legados se pagan de aquella parte de que el testador puede disponer libremente, la cual se viene a computar después que se han hecho las bajas generales.

Cuándo deben ser pagados los legados.—El artículo 1,374 dice que, salvo el caso de oposición o concurso, se pagarán los acreedores-hereditarios a medida que se presenten, y pagados ellos, se satisfarán los legatarios. Pero éstos, sin embargo, se podrán pagar antes, siempre que rindan caución por la posible responsabilidad que les pueda afectar. Pero no será necesaria la caución cuando la sucesión estuviese notoriamente poco gravada. Pero si hay deudas, para pagar antes a los legatarios debe rendirse siempre la caución.

Dice "no habiendo concurso de acreedores ni tercera oposición". Se refiere al caso que el causante estuviese declarado en quiebra (no existe hoy el concurso). Entonces no se van a pagar los acreedores hereditarios a medida que se presenten, sino que estarán sujetos a los repartos que haga la Sindicatura de Quiebras, conforme a las reglas de la quiebra. Igualmente, si se declara a la sucesión en quiebra, tampoco se pagan a medida que se presentan, sino que habrá que esperar los resultados de la quiebra.

índice

CAPITULO IX

DEL BENEFICIO DE SEPARACION

Requisitos para que pueda existir y su objeto.—En conformidad al artículo 1,378, consiste en el derecho que la ley otorga a los acreedores hereditarios o testamentarios para pedir que no se confunda el patrimonio del causante con el patrimonio propio del heredero y, como consecuencia de esto, la facultad de pagarse con preferencia a los acreedores personales del heredero en los bienes de la sucesión.

Este beneficio está fundado en bases de equidad. Porque no sería justo que si el patrimonio del causante tenía pocas deudas, de modo que los acreedores suyos alcanzaban a pagarse, después, por su fallecimiento y debido a la confusión con el patrimonio del heredero, resultase copado en exceso de deudas. En consecuencia, esta acción de separación de los patrimonios la entablarán los acreedores cuando el patrimonio del heredero estuviere muy gravado. Por lo demás, el hecho de que entablen esta acción los acreedores hereditarios no significa un perjuicio a los acreedores personales del heredero, porque respecto de sus créditos sigue afecto el mismo patrimonio que ellos tuvieron en vista al contratar.

Quiénes pueden solicitarlo.—Este beneficio, como lo dispone el artículo 1,378, pueden solicitarlo tanto los acreedores hereditarios como testamentarios. La única calidad que se exige es ser acreedor. Y, en conformidad al artículo 1,379, no obsta para impetrarlo el hecho de que el acreedor sea a plazo o condicional; siempre pueden solicitarlo. Porque el beneficio de separación constituye una verdadera medida conservativa que tienen los acreedores, y el acreedor condicional tiene la facultad de impetrar medidas conservativas para defender su posible derecho.

Contra quién debe dirigirse la acción por la cual se solicita el beneficio de separación.—Parece evidente que la acción por la cual se solicita este beneficio debe dirigirse contra los herederos. Porque podría pen-

sarse que debe dirigirse contra los acreedores personales de éstos. Pero esto dificultaría mucho el ejercicio de la acción.

Tampoco se dijo qué procedimiento se ha de aplicar en este juicio. Pueden darse dos soluciones: En conformidad al artículo 3.º del Código de Procedimiento Civil, aplicar el procedimiento ordinario; o, aplicando el N.º 3.º del artículo 838, decidir que debe regir el procedimiento sumario, lo que parecería más lógico, porque se podría argumentar que el hecho de conceder o no el beneficio de separación es algo urgente, que, si se somete al juicio ordinario, sería de efectos tardíos e ineficaces: una sentencia que llegaría una vez confundidos los patrimonios.

Desde cuándo produce efectos el beneficio de separación.—Entre los bienes del causante que forman parte de la sucesión pueden existir bienes muebles o raíces. Si se trata únicamente de muebles, el beneficio de separación produce sus efectos por el solo hecho que se dicte la sentencia que lo acepta. En cambio, si hay bienes raíces, en conformidad al artículo 1,385, es necesario inscribir la resolución que lo concede en el Registro de Prohibiciones y Embargos del Conservador de Bienes Raíces que corresponda por la ubicación del inmueble. Concuerdá este artículo con el artículo 52, N.º 4.º del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. La sanción en el caso de omisión de esta inscripción: como es medida de publicidad, parece sería la inoponibilidad. No habría inconveniente entonces para que los acreedores personales del heredero embargaran esos inmuebles, sin que se les pueda oponer el beneficio de separación.

Acreedores hereditarios o testamentarios que no pueden oponer el beneficio de separación.—Son los a que se refiere el artículo 1,380:

- 1) El acreedor cuyo derecho a la sucesión hubiere prescrito;
- 2) El acreedor que hubiere renunciado a él expresa o tácitamente. Es un derecho renunciabile, porque mira al interés de los acreedores. Habrá renuncia expresa cuando se haga en términos formales y explícitos; tácita, en el caso del N.º 1.º del artículo 1,380, cuando los acreedores hubieren reconocido como deudor al heredero, aceptando fianzas, pagarés o pago parcial de la deuda;
- 3) Cuando todos los bienes hereditarios hubieren salido de manos del heredero, porque ya no tiene objeto el beneficio;
- 4) Cuando se hubieren confundido los bienes del heredero con los bienes del causante, porque cuando la confusión es total ya no produce ninguna utilidad ni eficacia el beneficio.

Efectos del beneficio de separación.—El efecto más importante es

que se produce la separación de los patrimonios; evita su confusión. En este caso, efectivamente, a diferencia del caso del beneficio de inventario. El artículo 520 N.º 3.º, del Código de Procedimiento Civil, deja bien en claro que se produce la separación: dice que se tramita en conformidad al procedimiento de las tercerías el caso en que se embarguen por un acreedor personal del heredero bienes de la sucesión, habiendo beneficio de separación, o que por un acreedor de la sucesión se embarguen bienes personales del heredero. En este caso, hay derecho a entablar tercería y, por lo tanto, los acreedores hereditarios o testamentarios sólo podrán perseguir los bienes hereditarios.

En conformidad al artículo 1,381, no tienen derecho los acreedores personales del heredero a reclamar el beneficio de separación. No podrían argumentar que el patrimonio de su deudor, que hoy es heredero, estaba desprovisto de mayores deudas, que era solvente; que ahora, por el hecho de habersele dejado gravámenes, van a perjudicarse; y que piden la separación de los patrimonios y se paguen sus créditos en los bienes del heredero, y que los acreedores hereditarios y testamentarios se paguen con los bienes del difunto. Pero esto se explica, porque es lógico suponer que cuando está muy gravado el patrimonio del causante, el heredero va a aceptar con beneficio de inventario, porque no se va a perjudicar por el solo hecho de perjudicar a sus acreedores; y, aceptando así, desaparece el perjuicio que podría resultar a los acreedores personales suyos.

Efectos entre los acreedores hereditarios y testamentarios entre sí.

—Es de la esencia del beneficio que en los bienes de la sucesión sólo se paguen los acreedores hereditarios o testamentarios; y la forma cómo van a concurrir queda sometida a las reglas generales. Y, en conformidad a los artículos 1,374 y 959, se paga primero el acreedor hereditario y subsidiariamente el acreedor testamentario. Ahora, si éste tiene alguna garantía real (una hipoteca en los bienes del causante), haciendo uso del derecho de hipoteca, gozará de preferencia. En seguida, el beneficio de separación que invoca un acreedor aprovecha a los demás, pero no aprovecha a aquél acreedor cuyo crédito hubiere prescrito o que hubiere renunciado en conformidad al N.º 1.º del artículo 1,380. Lo dispone el artículo 1,382.

Efectos entre los acreedores hereditarios y testamentarios de una parte y los acreedores personales del heredero.—El efecto principal es que tienen preferencia para pagarse en los bienes del causante los acreedores hereditarios o testamentarios. Y sólo una vez que ellos se paguen entrarán a pagarse los acreedores personales. Hasta cierto punto, el beneficio de separación

ción da una causa de preferencia para los créditos, es una especie de privilegio. Porque primero se pagan los acreedores hereditarios, y sólo del resto entran a aprovechar los acreedores personales o aquéllos que no han invocado el beneficio o aquéllos que no han aprovechado de él cuando es invocado por otros (inciso 2.º del artículo 1,382).

Por el contrario, ¿podrán los acreedores hereditarios o testamentarios que gozan del beneficio de separación perseguir los bienes propios del heredero? La respuesta está en el artículo 1,383: en principio, como es lógico, el acreedor que goza del beneficio de separación, no tiene derecho a dirigirse contra el patrimonio del heredero, salvo que concurren dos circunstancias:

- 1) Que se hayan agotado totalmente los bienes de la sucesión.
- 2) Que no hubiere oposición de los acreedores personales del heredero.

Lo que significa que el legislador en esta parte les devuelve la mano a los acreedores hereditarios: en el patrimonio del causante se pagaban primero; ahora, en el patrimonio del heredero, se pagarán después que los acreedores personales de éste y sólo si éstos consienten.

Efectos para los herederos.—La cuestión se reduce a considerar si el heredero, cuando un acreedor impetra el beneficio de separación, pierde su calidad de tal, deja de ser dueño de los bienes hereditarios. No, no obstante el beneficio, siempre continúa siendo dueño. Pero, ¿podrá enajenar estos bienes? La respuesta, un tanto obscura, la da el artículo 1,384. Es evidente que los herederos, cuando se ha impetrado el beneficio, no pueden tener libertad absoluta para enajenarlos, porque tenerla significaría burlar a los acreedores. Establece la disposición que las enajenaciones hechas dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión podrán rescindirse a favor de los acreedores hereditarios o testamentarios que gozan del beneficio, e igualmente las hipotecas o censos que constituya el heredero.

Pero sugiere muchas dudas. Habla de seis meses siguientes a la apertura; pero, ¿será necesario que se hubiere impetrado el beneficio? ¿Y las enajenaciones que se hagan una vez concedido el beneficio de separación? Porque por la redacción parece referirse a las enajenaciones que se hubieren hecho antes de haberse impetrado el beneficio: ¿en qué estado quedan las enajenaciones posteriores? Y las enajenaciones que se hagan pasados los seis meses, ¿serán válidas, podrán rescindirse? Parece que pasados los seis meses podrán enajenar libremente, porque quizás el legislador ha considerado que en los seis meses ya han tenido tiempo los acreedores para hacer efectivo el beneficio y pagarse de sus créditos. El artículo 1,384 dice que la enajenación sólo es válida para pagar los créditos. Si se hace con otros fines, tienen derecho los acreedores para pedir la nulidad. De donde parece,

como el legislador no ha distinguido, que deben regirse por la misma regla ~~las enajenaciones que se han hecho antes o después de obtenido el beneficio, siempre que sea dentro de los seis meses siguientes a la apertura.~~ Por lo demás, ésta y la concesión del beneficio van a coincidir, porque los acreedores se apresurarán a solicitar el beneficio.

índice

V. págs. 341 y de la Maza
342

CAPITULO X

DE LAS DONACIONES IRREVOCABLES O ENTRE VIVOS

GENERALIDADES

Ubicación de la materia dentro del Código.—El libro III se titula "De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos". El título XIII se refiere a las donaciones entre vivos. Es, hasta cierto punto, criticable el hecho de que se trate a las donaciones irrevocables dentro de este libro. Quizás hubiera sido más lógico tratarlas en el libro IV, por su carácter de contrato. Pero se las ubicó dentro del libro III conjuntamente con la sucesión por causa de muerte, porque es otra de las formas cómo se pueden adquirir bienes a título gratuito por voluntad del causante; y además por razones históricas: tratadas así en el Código Francés, y nuestro legislador no quiso innovar.

Definición.—El artículo 1,386 dice que la donación entre vivos es el acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente parte de sus bienes a otra, quien lo acepta. Esta definición ensayada por el legislador es deficiente.

Empieza diciendo "es un acto". Y cada vez que el legislador habla de acto quiere referirse al acto unilateral, el que para que produzca efectos necesita del consentimiento de una sola persona. En cambio, la donación irrevocable no es un acto unilateral, sino un contrato que para su perfeccionamiento requiere de la voluntad de donante y donatario. El origen de este error, emana del Código Francés. En su elaboración tuvo activa participación Napoleón. Cuando se llegó a la definición de la donación, los juriconsultos dijeron que era un contrato; pero Napoleón dijo que no podía ser contrato; cómo iba a serlo cuando contraía obligaciones sólo una de las partes. Es decir, confundió el acto jurídico unilateral con el contrato unilateral. El resto de la Comisión, por temor o por respeto, no insistió y quedó el error. Esto ha dado motivo para las acerbas críticas de Planiol y otros autores. El primero dice que "los consejeros de Estado tuvieron la debilidad

de ceder a esta desgraciada observación del amo que sólo ponía de manifiesto su ignorancia del Derecho”.

Naturaleza jurídica.—La donación entre vivos es un contrato, que, catalogado, queda:

1) Como contrato unilateral, porque sólo contrae obligaciones el donante;

2) Como contrato a título gratuito, porque está establecido en beneficio del donatario y el gravamen lo sufre la otra parte;

3) Como contrato principal, porque subsiste por sí solo;

4) Como contrato de ejecución instantánea, salvo las donaciones de pensiones periódicas;

5) Como contrato entre vivos, y por acto entre vivos es la única forma de adquirir a título gratuito;

6) Con el carácter de irrevocable, que emana más que todo precisamente de su carácter de contrato. Es tan irrevocable como lo es la compraventa o el arrendamiento. De modo que así como a la compraventa o al arrendamiento no se les puede poner término por la sola voluntad de una de las partes, tampoco se puede poner término a la donación por la sola voluntad del donante. Sería quebrar el vínculo jurídico que une a los contratantes. No existiendo causa legal, sólo se le puede poner término mediante la resciliación o anulación convencional del artículo 1,567. En la misma forma que a cualquier contrato;

7) Como contrato de excepción, porque la donación no se presume sino en los casos que la ley lo diga expresamente. Aplicación hay en el artículo 2,299, que dice que no se presume que donó el que paga lo que no debe, a menos que se pruebe que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho;

8) Siempre a título singular. La ley habla de donación a título universal; pero es una fórmula de expresar. Por medio de la donación sólo pueden adquirirse bienes determinados, y no una universalidad, salvo el caso excepcional que se done un derecho de herencia;

9) Constituye un título traslativo. Característica discutible, porque, según muchos—y hay cierta razón—la donación constituiría un modo de adquirir. Opinión que puede fundarse:

a) En la propia definición del artículo 1,386: acto por el cual una persona “transfiere” a otra. Parece indicar que por el solo hecho de la donación ya hay transferencia de dominio. Definición que puede compararse con la del artículo 1,793, sobre la compraventa, donde el legislador deja de manifiesto que no hay transferencia de dominio: “una de las partes se obliga a dar”.

b) Por la ubicación que tiene dentro del Código: está tratada con la sucesión por causa de muerte, que es modo de adquirir; y no se la trató dentro de los contratos. Podría argumentarse que si el legislador no reglamentó la donación dentro de los contratos, fué porque quiso darle el carácter de modo de adquirir desde el primer momento.

c) Porque, según el artículo 1,400, la donación de bienes raíces requiere escritura pública e inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, y se dice que la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, al par que es solemnidad, también es tradición. Vendría a confundirse la tradición con el perfeccionamiento del contrato. Lo que quiere decir que conjuntamente con el perfeccionamiento de la donación habría también transferencia de dominio.

Pero parece más lógico considerar que es un título traslativo de dominio, porque el legislador lo manifiesta así en diversas disposiciones: en los artículos 675 y 703 se la enumera expresamente como título traslativo. En seguida, la razón de ubicación puede rebatirse diciendo que es histórica; y también es rebatible el argumento del artículo 1,400, porque, según nuestra opinión y lo que manifestamos respecto de la hipoteca, tratándose de bienes raíces creemos que la donación se perfecciona por la sola escritura pública, y que la inscripción es tradición. Además, está el artículo 1,417, que dice que el donatario puede exigir al donante la entrega de las cosas donadas, con lo cual manifiesta que de la donación sólo nace un derecho personal, para que mediante la entrega exista después transferencia de dominio. La transferencia sólo se opera una vez que se opera tradición. Un antecedente histórico: En la definición del artículo 1,386 que contenía el Código Civil, aprobado por el Congreso Nacional, después de la definición había esta frase: "y se consuma por la tradición". A Bello se autorizó para hacer una edición auténtica exenta de errores; pero en ciertos casos no sólo hizo modificaciones de forma, sino que fué al fondo. Aquí suprimió esa expresión. ¿Por qué? Tal vez creyó innecesario decirlo.

Requisitos de las donaciones.—Como todo contrato, requiere de capacidad, consentimiento, objeto y causa.

Capacidad.—Hay que distinguir entre la capacidad del donante y la del donatario. Distinción lógica, porque tiene más trascendencia la donación para el donante que para el donatario: para el primero significa una enajenación, desprenderse de parte de sus bienes; para el segundo significa un enriquecimiento y no encierra ningún peligro.

I. Capacidad del donante.—Dice el artículo 1,387, en forma innecesaria, que es capaz para donar entre vivos toda persona que la ley no haya decla-

rado incapaz. El artículo 1,388 dice que sólo puede donar el que tiene la libre administración de sus bienes, salvo las excepciones legales. Ha querido significar aquí "libre disposición". Las excepciones son las contempladas en los artículos 402 y 256, que se refieren a las donaciones que pueden hacer el guardador de los bienes del pupilo y el padre, de los bienes del hijo. El guardador puede donar los bienes muebles con ciertos requisitos, pero nunca los inmuebles.

II. *Capacidad del donatario*.—El artículo 1,389, también en forma innecesaria, dice que es capaz para recibir entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz. Son incapaces, en conformidad al artículo 1,390, los que no existen natural o civilmente al tiempo de hacerse la donación (como en la sucesión por causa de muerte). ^{es lo mismo que del asignatario} Salvo las excepciones contempladas en los incisos 3.º y 4.º del artículo 962, esto es, cuando se hace la donación a una persona que no existe pero se espera que exista y cuando se la hace a una persona que presta un servicio importante, dentro del término de ~~cin-~~ ^{seis}ta años.

El artículo 1,391, aplicando más reglas de la sucesión por causa de muerte, dice que son incapaces de recibir donaciones las personas indicadas en los artículos 963 y 964: los establecimientos sin personalidad jurídica y los que han cometido el crimen de dañado ayuntamiento. De donde podemos concluir que son incapaces de recibir donaciones los incapaces de recibir asignaciones testamentarias.

El artículo 1,392 dice que es nula la donación que haga el pupilo a su ex curador antes que se hayan rendido las cuentas y pagado el saldo, si lo hubiere. Es una incapacidad especial de la donación. Como hay prohibición, su contravención acarrea la nulidad. Hace recordar la serie de incapacidades especiales contempladas al hablar de la compraventa.

Consentimiento.—Debe existir dentro de la donación por dos razones: porque es un contrato y porque va involucrado en la misma definición del artículo 1,386. Una particularidad presenta dentro de la donación: respecto a la formación del consentimiento, hay dos doctrinas: una, llamada de la aceptación, según la cual se perfecciona por el sólo hecho de la aceptación de la persona a quien se dirige la oferta; y otra, llamada del conocimiento, según la cual sólo se perfecciona cuando la aceptación dada llega al conocimiento del ofertante. El Código de Comercio, que reglamenta esta materia, opta por la doctrina de la aceptación (artículo 999). Pues bien, la donación, como contrato, constituye una marcada excepción al artículo 999, porque el artículo 1,412 establece que el donante conserva la facultad de revocar la donación mientras no la haya aceptado el donatario y no haya llegado a conocimiento suyo esta aceptación.

La donación, como todo acto (a excepción del testamento), puede hacerse por medio de representantes. El artículo ~~1,407~~ señala las personas que pueden aceptar por el donatario: los que tienen poder especial o general o su representante legal. Pero el inciso 2.º establece una representación legal excepcional para el caso de la aceptación de las donaciones: pueden aceptar por el donatario, aun cuando no sean mandatarios, sus ascendientes o descendientes legítimos. Por el solo ministerio de la ley. Es caso curioso de representación legal.

En conformidad al inciso final, las reglas que se dan para la aceptación de las asignaciones testamentarias también se aplican a la donación (las dispuestas en los artículos 1,234, 1,236 y 1,237). Se aplican los vicios: la lesión no, porque no está establecida expresamente.

Objeto.—El objeto, esto es, la materia sobre la cual recae o los derechos que emanan del contrato, puede ser indistintamente un derecho personal, un derecho real, o una cosa material; pero, en conformidad al artículo 1,396, los hechos no pueden ser materia de una donación. Si un pintor se compromete a pintarme un cuadro y no me cobrará, no hay donación, porque se trata de una obligación de un hecho, aun cuando se trate de aquellos hechos que acostumbran pagarse. Razón: para que haya donación se requiere que, mientras existe el enriquecimiento del donatario, haya empobrecimiento de parte del donante; y la mera ejecución de un hecho no significa empobrecimiento en el donante.

Causa.—Se aplica el artículo 1,467; hay que considerar la bancarrota de la doctrina clásica y la importancia que cobra la doctrina de la causa como motivo psicológico.

Disminución y aumento del patrimonio.—La donación tiene además un requisito propio: el contemplado en el artículo 1,398, según el cual en la donación se requiere que, mientras haya enriquecimiento de parte del donatario, haya empobrecimiento de parte del donante. En otros términos, que haya un desplazamiento de los patrimonios de las partes: bienes que van de un patrimonio a otro. En los artículos 1,394 a 1,399 no se hace sino aplicar esta regla general:

Artículo 1,394: No dona el que repudia una herencia, legado o donación o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.

Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para substituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero.

Artículo 1,395: No hay donación en el comodato de un objeto cualquiera, aunque su uso o goce acostumbre darse en arriendo.

Tampoco la hay en el mutuo sin interés.

Pero la hay en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o a censo.

Artículo 1,396: Los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquéllos que ordinariamente se pagan.

Artículo 1,397: No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor, pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe.

Artículo 1,398: No hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero.

Ejemplo: le doy mil pesos para que se compre un pasaje para Antofagasta.

Artículo 1,399: No hay donación en dejar de interrumpir la prescripción.

El artículo 1,394 es una repetición del 1,238. El artículo 1,397 dice "mientras está solvente el deudor". Porque si está insolvente habría donación. Pedro es el fiador, Juan es el deudor. Si no relevo de la fianza a Pedro, porque Juan es rico, no hay donación; pero si las condiciones de fortuna de Juan son precarias y relevo de la fianza a Pedro, hay donación, hay remisión de deuda.

El artículo 1,415 dice expresamente que el derecho de transmisión del artículo 957 no se aplica a las donaciones, lo que quiere decir que si el donatario fallece sin aceptar la donación, nada transmite a sus herederos. Se dijo expresamente para que no existieran dudas sobre el particular, ya que en gran parte rigen aquellas reglas de la sucesión por causa de muerte.

Las solemnidades. Diversas clases de donación.—Las solemnidades nos permiten estudiar las diez clases de donaciones que existen.

1) Las donaciones que, ¹⁾siendo ²⁾gratuitas, ³⁾no son de bienes raíces y no exceden de \$ ~~20,000~~ 20,000.—Son las únicas absolutamente consensuales, se perfeccionan por el solo consentimiento. Por eso se ha dicho que, no obstante ser consensual el contrato de donación, la excepción es tanta, que pasa a ser la regla general.

La Ley de la
Cambiada
una de \$ 20,000
la de \$ 20,000

2) *Las donaciones que, siendo gratuitas, exceden de \$ 2,000.*—Requieren como solemnidad la insinuación a que se refiere el artículo 1,401. La insinuación es la autorización judicial dada para hacer las donaciones, y puede solicitarla indistintamente el donante o el donatario. Está reglamentada en el artículo ~~1,401~~ del Código de Procedimiento Civil. Es de jurisdicción voluntaria. Una de las razones para exigirla consiste en la defensa de los legitimarios y de la cuarta de mejoras, por el temor que donaciones desproporcionadas los perjudiquen.

Como dice el inciso 1.º del artículo 1,401, cuando no hay insinuación la donación es válida hasta los ~~20,000~~ 20,000, pero es nula en el exceso. La Corte Suprema (7 de noviembre de 1928, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 27, sección I, página 33) resolvió que esta nulidad era absoluta y que sólo podía declararla de oficio el tribunal (por el hecho de aparecer de manifiesto), cuando de la misma donación apareciere que el valor de la cosa es mayor de \$ 2,000.

El artículo 1,402 se pone en el caso que lo que se donen sea pensiones periódicas: habrá necesidad de insinuación, siempre que las cantidades que han de percibirse en un decenio excedieren de \$ 10,000.

3) *Las donaciones de bienes raíces.*—A ellas se refiere el artículo 1,400, según el cual las donaciones de bienes raíces exigen escritura pública e inscripción en el Conservador de Bienes Raíces; y además, si el bien raíz valiere más de \$ 20,000 también insinuación. Con motivo de este artículo, se presenta la cuestión de considerar si la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces es, al mismo tiempo que tradición del dominio, solemnidad del contrato de donación. De las diversas disposiciones de este título parece desprenderse que el legislador quisiera darle también el carácter de solemnidad, y no únicamente el de tradición. Pero, por lo menos para conservar la doctrina que distingue entre título y modo de adquirir cuando se trata de la tradición y en homenaje a esta doctrina, parece más lógico decir que el contrato de donación se perfecciona por escritura pública, y que la inscripción vendría a ser exclusivamente tradición. Porque la donación es un título traslativo, pero no un modo de adquirir; y el modo que opera en este caso es la tradición.

Con respecto a las donaciones enteramente gratuitas, en conformidad al artículo 1,417, el donante goza del beneficio de competencia cuando el donatario trata de exigirle el cumplimiento de la obligación. Este artículo está en relación con el artículo 1,626, N.º 5.º, que, al enumerar a los que gozan del beneficio de competencia, señala al donante cuando el donatario trata de exigirle el cumplimiento de la donación.

Hay que recordar que, en conformidad al artículo 321, N.º 9.º, goza

por ley de alimentos el donante de una donación cuantiosa, respecto del donatario. Estos dos derechos, beneficio de competencia y derecho a alimentos forzosos, se han dado al donante por razones de equidad.

Puede acontecer en el caso de la donación gratuita que el donatario sea privado de todo o parte, por sentencia judicial, de la cosa donada. Esto es, que sea evicta la cosa donada. El artículo 1,422 dice que no tiene acción de evicción contra el donante. La razón: que la evicción dice relación con los contratos onerosos; supone un perjuicio directo para el que la sufre, lo cual no sucede dentro de la donación, por tratarse de un contrato gratuito.

4) *Las donaciones sujetas a modalidades.*—Contempladas en el artículo 1,403. Pero exigen como requisito que la condición, plazo o modo conste en escritura pública o privada, fuera de las condiciones generales. Si no constan, se miran como simplemente gratuitas y puras y simples. Además, estas donaciones modales requieren de los otros requisitos de las donaciones: si es de bienes raíces, siempre escritura pública; si es de más de \$ 2,000, insinuación.

5) *Las donaciones con causa onerosa.*—Las contempla el artículo 1,404. Son aquéllas que se hacen con alguna condición impuesta al donatario: que abrace una carrera determinada, por ejemplo. Debe constar por escritura pública la causa de la donación, y si no, se mirará como una donación enteramente gratuita. Esta es la importancia. Puede acontecer que en las donaciones con causa onerosa se produzca la evicción de la cosa donada: el artículo 1,423 dice que el donatario no tiene acción contra el donante, salvo que éste haya donado la cosa sabiendo que era ajena; sólo entonces hay lugar a la evicción.

6) *Las donaciones con gravamen.*—Las contempla el artículo 1,405. Son aquéllas en que, al mismo tiempo de hacerse, se impone un gravamen al donatario. Surge la dificultad de saber si el gravamen debe constar o no por escritura pública. No lo dice expresamente la ley. Por el hecho de que los artículos 1,425 y 1,426 las traten conjuntamente con las donaciones con causa onerosa podría considerarse que debe constar por escritura pública, so pena de considerarla enteramente gratuita. Pero esta solución iría contra el principio según el cual las formalidades son de derecho estricto. De ahí que la cuestión sea bastante discutible.

Respecto de la evicción de las cosas donadas, cuando la donación es con gravamen, en conformidad al inciso 2.º del artículo 1,423, por regla general no tiene acción el donatario contra el donante, salvo que al cumplir el gravamen hubiere hecho un desembolso pecuniario: estará obligado el do-

nante a reembolsar al donatario lo que hubiere costado la aplicación del gravamen. Y para este efecto, la ley no concede al donante el beneficio de competencia.

7) Las donaciones a título universal.—Ha sido un tanto impropio el legislador, porque de la propia definición del artículo 1,386 se desprende que la donación es a título singular: "una parte de sus bienes". De modo que la expresión "a título universal" no quiere decir que la donación comprenda la universalidad o una cuota. Lo que se confirma con el artículo 1,407. De este artículo se desprende que estas donaciones son las más solemnes que existen, porque requieren insinuación, escritura pública, inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, si hubiere bienes raíces e inventario solemne. Cualquiera que falte, la donación es nula. Ya al decir que es necesario inventario de los bienes, aleja la idea de una universalidad, e indica que solo se pueden donar los bienes específicamente considerados en el inventario. Todavía más, el inciso 2.º dice que si se omiten bienes en este inventario, se entiende que el donante se los reserva, y no podrá el donatario reclamarlos alegando que no fueron acumulados por error u olvido. En seguida, en conformidad al artículo 1,409, esta donación no comprende los bienes futuros del donante, aun cuando se diga expresamente, lo que viene a corroborar que entre vivos no se puede adquirir bienes a título universal. (Tampoco es válida la venta a título universal).

Excepcionalmente, habría donación a título universal en el caso de la cesión de un derecho de herencia a título gratuito. Es evidente que lo que se dona es una universalidad. Pero podría argumentarse que se está donando el derecho de herencia, específicamente considerado.

8) Las donaciones con cargo de restituir.—Constituyen verdadero fideicomiso. Si dijere el donante: "Dono a Pedro mi propiedad con la condición que pase a Juan cuando se reciba de abogado". Se refieren a ella los artículos 1,413 y 1,414. El artículo 1,413 no dijo si era solemne o consensual. Pero si decimos que es un verdadero fideicomiso, y el fideicomiso, en conformidad al artículo 735, cuando es por acto entre vivos, debe constar por escritura pública, hay que concluir que también es solemne.

La donación debe ser aceptada por el donatario. El artículo 1,413, solucionando las dificultades que podrían presentarse, dice que en el caso de la donación fideicomisaria el llamado a aceptarla es el propietario fiduciario, y que el fideicomisario aceptará una vez que se cumpla la condición, pero que podrá repudiarla de antemano. La misma regla del artículo 1,226 para la aceptación de las asignaciones condicionales.

El artículo 1,414 sienta un principio curioso: antes de verificarse la con-

dición, donante y propietario fiduciario pueden hacer las alteraciones que quieran en el fideicomiso, aun substituir al fideicomisario y dejar sin efecto la donación, sin que el fideicomisario tenga derecho a oponerse. Aplicación del hecho que, mientras no se cumple la condición, el fideicomisario no tiene ningún derecho. Pero es curioso que se le prive, de común acuerdo, de la expectativa de llegar a ser dueño. Las alteraciones que se hagan se considerarán como nueva donación, y deben cumplirse en ellas todas las formalidades de la donación primitiva. El artículo 1,410 dice que la donación fideicomisaria debe también ser insinuada, conforme al artículo 1,401.

9) *Las donaciones remuneratorias.*—Son aquéllas que se hacen en pago de servicios específicos prestados al donante. Un abogado defiende un juicio, no quiere recibir honorario, se le regala un automóvil. Las trata el artículo 1,433. De su carácter de remuneratoria como también de los servicios específicos que se pretenden pagar, debe dejarse constancia en escritura pública o privada. Porque de lo contrario se presume enteramente gratuita. Lo que tiene importancia, porque si es gratuita entra al haber relativo o propio (dentro de la sociedad conyugal), según que sea de mueble o inmueble, y si fuere remuneratoria, se considera como salario que entra al haber absoluto (artículo 1,738).

No se requiere insinuación sino en lo que exceda al pago de los servicios. Si hay evicción, siempre tendrán derecho el donatario a que se le paguen los servicios, salvo que se hubiere pagado con los frutos. Y, en conformidad al artículo 1,436, en lo demás se aplican las reglas de las donaciones gratuitas.

10) *Las donaciones por causa de matrimonio.*—Una donación especial de las donaciones por causa onerosa. Tratadas en el párrafo 7, título 20, libro IV, dentro de la sociedad conyugal. En conformidad al artículo 1,786, son aquéllas que se hacen los esposos antes de contraer matrimonio o las que hace un tercero a éstos antes o durante el matrimonio y tomando en consideración este mismo. De donde se desprende que existen dos clases de donaciones por causa de matrimonio: a) las que se hacen los esposos en consideración al matrimonio; b) las que hace un tercero a cualquiera de los esposos en consideración al matrimonio.

a) Los esposos, como dice el artículo 1,786, sólo pueden hacerse donaciones por causa de matrimonio antes de celebrado el matrimonio. Porque, en conformidad a los artículos 1,137, 1,138 y 1,139, durante el matrimonio sólo hay donaciones revocables entre los cónyuges.

Estas donaciones, en conformidad al artículo 1,406, cualquiera que sea el valor que tengan, no requieren insinuación. No requieren de más solemnidad.

2

dades que las que se exigen para celebrar las capitulaciones matrimoniales, porque precisamente la oportunidad y forma de hacerse donaciones los esposos es en las capitulaciones matrimoniales. Por lo tanto, podrán ser por escritura pública ~~o por escritura privada firmada ante tres testigos~~. En conformidad al artículo 1,790, inciso 2.º, se presume que el matrimonio es causa; por la sola circunstancia de que sean los esposos los que se hacen las donaciones, se presume de derecho que son por causa de matrimonio. No hay necesidad de expresarlo.

3

b) El tercero puede hacer estas donaciones antes del matrimonio o una vez celebrado. Pero debe expresarse que es por causa de matrimonio, también a diferencia del caso de los esposos. En todo lo demás quedan regidas por las reglas de las donaciones irrevocables en lo que no sean contrarias.

Estas donaciones por causa de matrimonio tienen una forma especial de caducidad. Por de pronto, si se hacen antes del matrimonio y éste no se celebra, caducan, porque les falta un requisito esencial: el matrimonio no es mera condición, sino requisito esencial. Si una vez celebrado se declara su nulidad, también hay derecho a revocar las donaciones que se han efectuado los cónyuges. Pero si se trata de matrimonio putativo y los cónyuges están de buena fe, no hay lugar a revocar; pero si uno de los cónyuges está de buena fe, subsisten respecto de él y pueden revocarse las que se han hecho al cónyuge de mala fe.

El artículo 1,792 está derogado; se refería al matrimonio no consumado, que rigió cuando existía el matrimonio religioso. Ha quedado tácitamente derogado por la Ley de Matrimonio Civil.

Responsabilidad que afecta al donatario por las deudas del donante.—Materia de los artículos 1,418 a 1,421. Hay que distinguir entre donaciones a título universal y donaciones a título singular:

I. Si la donación es a título universal, responde el donatario sólo de las deudas que tenía el donante con anterioridad a la donación y excepcionalmente, además, de aquellas posteriores que específicamente se hubieren determinado en la donación. Y los acreedores del donante, ¿estarán obligados a dirigirse contra el donatario o conservan acción contra el donante? El artículo 1,419 dice expresamente que pueden dirigirse contra el donante, salvo que hubieren aceptado al donatario como deudor conforme al artículo 1,380, N.º 1.º De manera que los acreedores pueden perseguir al donatario, sin duda; pero conservan acción contra el donante; no la conservan en el caso del N.º 1.º citado: dice que el acreedor hereditario o testamentario no tiene derecho al beneficio de separación cuando ha aceptado fianza, pagaré, pago parcial. En consecuencia, si el acreedor acepta pago parcial o hipoteca del donatario lo reconoce como deudor y cesa la responsabilidad del donan-

te. Hasta cierto punto, hay novación por cambio de deudor, porque tácitamente el acreedor da por libre el donante. Este artículo 1,419 viene a confirmar lo sostenido en el sentido que en caso de cesión del derecho de herencia los acreedores pueden dirigirse indistintamente contra cesionario o cedente.

II. Si la donación es a título particular, el donatario sólo tiene aquella responsabilidad que el donante expresamente le imponga. También se aplica la regla del artículo 1,419: el acreedor podrá dirigirse contra donatario y donante, salvo que haya aceptado como deudor al primero.

El artículo 1,421 establece un verdadero beneficio de inventario en favor del donatario, cuando se trata de la responsabilidad que le afecta por lo que al tiempo de la donación hayan valido las cosas donadas, constando este valor por inventario solemne o por otro instrumento auténtico.

Beneficio de inventario

Cómo terminan las donaciones.—De dos maneras: 1) Por las causas generales que le afectan con motivo de ser un contrato; 2) Por causas especiales que le son propias.

Causas generales.—Las primeras se deducen de aplicar los principios generales de los contratos. Así, pueden adolecer de nulidad absoluta o relativa: si la donación de bienes raíces no se hace por escritura pública o no se insinúa la de más de \$ 2,000, absoluta; si el curador dona muebles del pupilo sin sujetarse al artículo 402 o si ha existido error, fuerza o dolo, relativa. También se aplican las reglas de la resolución.

Causales propias.—1) La contemplada en el artículo 1,425, que dice que se rescinde la donación en el caso del artículo 1,187: es el caso del segundo acervo imaginario, cuando el exceso de lo donado por el causante va a lesionar aun las legítimas y las mejoras: los legitimarios o asignatarios a título de mejora tienen acción de restitución en contra del donatario, y se entabla en orden inverso a la fecha de las donaciones (se empieza por las más recientes). La ley no ha fijado plazo para esta acción; por lo tanto, 40 años. No hay que creer, por el término "rescindir", que hay nulidad relativa (serían 4 años. La palabra está mal empleada. Si la donación se deja sin efecto, es porque se han lesionado las legítimas o mejoras, pero no porque haya nulidad relativa.

2) Por medio de la resolución (artículos 1,426 y 1,427). La resolución se presenta en las donaciones con causa onerosa y con gravamen. Si el donatario no cumple con el gravamen, hay lugar a resolución. Lo curioso es que el artículo 1,426 da al donante la acción para exigir el cumplimiento del gravamen o la resolución, y no la da a la persona favorecida con el gravamen. Agrega el inciso 2.º que en caso de resolución se entiende que el donatario es poseedor de mala fe para la restitución de las cosas donadas y los frutos,

salvo que hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta por causa grave. Este artículo habla de "rescisión", pero ha querido decir "resolución". Esta acción de resolución tiene un plazo propio de prescripción: 4 años, en conformidad al artículo 1,427, y que se cuenta desde que está en mora el donatario.

3) Mediante la revocación, tratada en los artículos 1,428 y siguientes. Puede revocarse la donación por ingratitud del donatario. La ley se ha encargado de decir qué se entiende por ingratitud: cualquier acto que lo hubiere hecho indigno de suceder al donante. En otros términos, se refiere a los artículos 968 y siguientes.

El artículo 22 de la ley 5,343, sobre Adopción, está relacionado con el 1,428, y dice: "La sentencia que declara la ingratitud del adoptado producirá ipso jure la revocación de las donaciones entre vivos que le hubiere hecho el adoptante, y para su restitución se estará a lo dispuesto en el artículo 1,429 del Código Civil".

En conformidad al artículo 1,429, el donatario ingrato, desde que comete el acto constitutivo de ingratitud, se considera poseedor de mala fe. En conformidad al artículo 1,430, esta acción prescribe en 4 años, contados desde que tuvo conocimiento el donante del hecho constitutivo de la ingratitud. Y, por regla general, no es acción que pase a los herederos, sino que se extinguen por la muerte del donante, salvo tres casos:

1) Que en vida del donante se hubiere ya entablado la acción de revocación; 2) Que precisamente el hecho de la ingratitud hubiere dado muerte al donante; 3) Que el hecho se hubiere cometido una vez fallecido el donante.

Respecto de la resolución, revocación y rescisión de las donaciones, no ha fijado el legislador un procedimiento especial; por lo tanto, debe aplicarse el procedimiento ordinario.

El artículo 1,430 se pone en el caso de que el donante, por demencia u otra razón, esté imposibilitado para entablar acción de ingratitud: puede hacerlo por él, no sólo el curador, sino también su cónyuge y sus ascendientes o descendientes legítimos. Otro caso especial de representación legal (artículo 411).

Las donaciones remuneratorias no son susceptibles de revocación, resolución ni rescisión, porque escapan a este concepto. Constituyen un verdadero pago de servicios prestados. Lo dispone el artículo 1,434.

Efectos de la rescisión, revocación y resolución.—Materia del artículo 1,432. Por regla general, la rescisión, revocación o resolución entablada por el donante no afecta a terceros, a las enajenaciones o derechos reales

que el donatario hubiere constituido sobre las cosas donadas, salvo que concurren alguna de las tres circunstancias que enumera taxativamente:

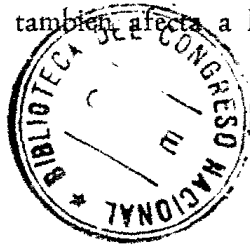
1) Que en escritura pública de donación constare expresamente la condición o se le hubiere prohibido al donatario enajenar las cosas donadas. Doblemente interesante: porque es un caso en que el legislador acepta la condición de no enajenar, que, por regla general, repudia, y porque nos recuerda que en la donación no tiene lugar la condición resolutoria tácita, propia de los contratos bilaterales;

2) Cuando el tercero hubiere sido notificado (se entiende notificación judicial, aun cuando no se dice) de que el donante se apresta a solicitar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario;

3) Cuando el derecho real se hubiere constituido o la enajenación la hubiere efectuado el donatario después de iniciado, el juicio de resolución, rescisión o revocación.

Recuérdese que en conformidad al artículo 1,210, si el testador no fija los efectos del desheredamiento, también afecta a las donaciones hechas al donatario.

V. inc. final
art. 1432



índice

A P E N D I C E

LEY N.º 5,427

ESTABLECE EL IMPUESTO A LAS HERENCIAS, ASIGNACIONES Y DONACIONES

(Publicada en el "Diario Oficial" de 28 de febrero de 1934)

Por cuanto el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de ley:

TÍTULO I

DEL IMPUESTO A LAS ASIGNACIONES Y DONACIONES

CAPÍTULO I

Del impuesto y de la forma de determinar el monto imponible

Artículo 1.º Los impuestos sobre asignaciones por causa de muerte y donaciones se regirán por las disposiciones de la presente ley, y su aplicación y fiscalización estarán a cargo de la Dirección General de Impuestos Internos.

Art. 2.º El impuesto se aplicará sobre el valor líquido de la respectiva asignación o donación, con arreglo a la siguiente escala progresiva:

TABLA APLICABLE A LA PARTE O FRACCION COMPRENDIDA ENTRE:

Parentesco del asignatario o donatario respecto de su causante o donante	0 y 50,000	50,000 y 100,000	100,000 y 250,000	250,000 y 500,000	500,000 y 1,000,000	1,000,000 y 2,000,000	2,000,000 y 4,000,000	4,000,000 y 8,000,000	Más de 8,000,000
Hijos, cónyuges, padres, adoptantes y adoptados.....	1	2	3	4	6	8	10	12	14
Nietos	2	3	4	6	8	10	12	14	16
Descendientes después del 2.º grado.....	3	4	5	7	9	11	13	15	17
Ascendientes después del 1.er grado, hermanos y medio hermanos y afines en 1.er grado.....	9	10	12	14	16	19	22	25	28
Colaterales del 3.er grado	12	14	16	18	20	23	26	29	32
Colaterales del 4.º grado.....	16	18	20	22	24	27	30	33	37
Cualquier otro parentesco o ninguno.....	20	22	24	26	28	31	34	37	40

En los casos de sucesión abintestato, los colaterales después del 2.º grado pagarán el impuesto con un recargo del 30%.

Art. 3.º Los parentescos a que se refiere la escala del artículo anterior son los de consanguinidad legítima. No obstante, a los hijos y a los padres naturales se aplicarán los mismos porcentajes que a los hijos y padres legítimos.

Lo que se deje al albacea fiduciario se estimará como asignación a favor de persona sin parentesco con el causante, pero si se acreditaré ante la Dirección el parentesco efectivo del beneficiario y que éste ha percibido la asignación, se pagará la tasa correspondiente a ese parentesco.

Cuando se suceda por derecho de representación, el interesado pagará sobre su asignación la tasa que habría correspondido a la persona representada.

Para los efectos de determinar el monto imponible deberán sumarse las diversas asignaciones que perciba en la herencia el beneficiario.

Art. 4.º Se entenderá por asignación líquida lo que corresponda al heredero o legatario, una vez deducidos del cuerpo o masa de bienes que el difunto ha dejado:

1.º Los gastos de última enfermedad y entierro del causante;

2.º Las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, las demás anexas a la apertura de la sucesión y de posesión efectiva y las de partición, incluso los honorarios de albaceas y partidores, en lo que no excedan a los aranceles vigentes;

3.º Las deudas hereditarias;

4.º Las asignaciones alimenticias forzosas, sin perjuicio de lo que dispone el N.º 3.º del artículo 18; y

5.º La porción conyugal a que hubiere lugar, sin perjuicio de que el cónyuge asignatario de dicha porción pague el impuesto que le corresponda.

Art. 5.º Los gravámenes de cualquiera clase que la asignación o donación impusiere al asignatario o donatario, se deducirán del acervo sujeto al pago del impuesto, sin perjuicio de que las personas beneficiadas por el gravamen, paguen el que les corresponda en conformidad a la ley.

Art. 6.º Cuando el gravamen con que se defiera una asignación o se haga una donación, consista en un usufructo en favor de un tercero, se deducirá del acervo sujeto al pago del impuesto:

1.º Si el usufructo es por tiempo determinado, un décimo de la cosa fructuaria por cada cinco años o fracción que el usufructo comprenda;

2.º Si el usufructo es por tiempo indeterminado, por estar su duración sujeta a condición o a plazo que signifique condición, la mitad del valor de la cosa fructuaria; y

3.º Si el usufructo es vitalicio, la fracción de la cosa fructuaria que resulte de aplicar la siguiente escala, según sea la edad del beneficiario:

Edad del beneficiario	Fracción de la cosa
Menos de 30 años	9/10
Menos de 40 años	8/10
Menos de 50 años	7/10
Menos de 60 años	5/10
Menos de 70 años	4/10
Más de 70 años	2/10

Art. 7.º Si de una misma cosa se dejare el usufructo a dos o más personas a la vez, el gravamen se calculará como si se tratara de tantos usufructos distintos cuantos sean los usufructuarios.

El valor de las cuotas en que, para estos efectos, se divida la cosa fructuaria, guardará la misma proporción en que sean llamados los usufructuarios a gozar de ella y el gravamen se calculará sobre cada una de dichas cuotas con arreglo al artículo anterior.

Art. 8.º Cuando el gravamen con que se defiera una asignación o se haga una donación, consista en un fideicomiso en favor de un tercero, se deducirá del acervo sujeto al pago del impuesto la mitad del valor de la cosa sobre la cual el fideicomiso se constituye.

Art. 9.º Cuando el gravamen con que se defiera una asignación o se haga una donación, consiste en una pensión periódica en favor de un tercero, se deducirá del acervo sujeto al pago del impuesto:

1.º Si la pensión fuere perpetua, la suma que al interés del 8% anual sea bastante para servir la pensión;

2.º Si la pensión fuere temporal, una décima parte del capital, determinado en conformidad al número anterior, por cada cinco años o fracción que ella comprenda;

3.º Si la pensión fuere por tiempo indeterminado, por estar su duración sujeta a condición, la mitad del capital calculado de acuerdo con el N.º 1.º de este artículo; y

4.º Si la pensión fuere vitalicia, la fracción del capital determinado en conformidad al N.º 1.º de este artículo, que corresponda, de acuerdo con la edad del beneficiario según la regla tercera del artículo 6.º

Art. 10. El monto de las asignaciones o donaciones que consistan en cantidades o pensiones periódicas, se determinará según las reglas del artículo anterior.

El impuesto en su caso, se deducirá del capital destinado a servir las pensiones, las cuales se rebajarán en la proporción que corresponda.

Art. 11. Cuando el gravamen con que se defiera una asignación, consista en un derecho de uso o habitación en favor de un tercero, se deducirá del acervo sujeto al pago del impuesto, la tercera parte de la suma que resulte de aplicar las reglas del artículo 6.º

Art. 12. Cuando para la estimación del gravamen impuesto a una asignación o donación no fuere posible aplicar las reglas anteriores, el juez determinará su valor para los efectos del pago, oyendo a la Dirección.

Art. 13. Las asignaciones o donaciones de derechos litigiosos no estarán sujetas al pago del impuesto, sino desde el momento en que el juicio termine por sentencia ejecutoriada o transacción.

El impuesto se pagará sobre el valor que resulte tener el crédito o derecho, con deducción de los gastos judiciales.

En estos casos, al efectuarse el pago de la cosa debida, deberá acreditarse el entero del impuesto correspondiente.

Art. 14. Las asignaciones o donaciones de créditos contra personas declaradas en quiebra o concurso, o de notoria insolvencia, no estarán sujetas al pago de este impuesto; pero, en caso de pago total o parcial de la deuda, el asignatario donatario deberá pagar el impuesto correspondiente.

Art. 15. Las resoluciones judiciales o los actos o contratos que importen remisión del todo o parte de una deuda hereditaria, no se consideran firmes sin

la certificación del secretario del tribunal en la forma establecida en el artículo 13 o no tendrán valor alguno sin que se inserte en el documento, ya sea público o privado, que al efecto se otorgue, el boletín de ingreso del impuesto correspondiente.

Art. 16. Todo asignatario o donatario a quien por resolución judicial de término, se obligare a devolver el todo o parte de la asignación o donación recibida, tendrá derecho a que la persona a cuyo favor se hubiere dictado el fallo, le reintegre, íntegra o proporcionalmente, la suma que hubiere satisfecho en pago del impuesto.

En el evento previsto en el inciso anterior, el asignatario o donatario verdadero pagará o cobrará al Fisco los saldos que hubiere por diferencia entre el impuesto que lo grave y aquél que hubiere sido satisfecho por el asignatario putativo.

Este mismo derecho podrán hacer valer contra el Fisco los asignatarios que hubieren tomado posesión provisoria o definitiva de los bienes de una persona declarada presuntivamente muerta por el desaparecimiento, si la declaración se rescindiere con arreglo a la ley.

Art. 17. Los bienes que a virtud de una transacción se reconozcan en favor de personas que sustenten derechos a la herencia, se estimarán para todos los efectos de esta ley, como adquiridos por sucesión por causa de muerte.

CAPITULO II

De las asignaciones y donaciones exentas de impuestos

Art. 18. Estarán exentas del impuesto que establece esta ley las siguientes asignaciones y donaciones:

1.º Las que se dejen o hagan a la Beneficencia Pública, a las Municipalidades de la República y a las corporaciones o fundaciones de derecho público costeadas o subvencionadas con fondos del Estado;

2.º Las que no excedan de \$ 10,000;

3.º Las que consistan en cantidades periódicas destinadas a la alimentación de personas a quienes el causante o donante esté obligado por ley a alimentar.

Cuando, a juicio de la Dirección, la pensión pareciere excesiva, podrá pedir a la justicia ordinaria que determine cuál es la parte exenta del impuesto;

4.º Las que se dejen para la construcción o reparación de templos destinados al servicio de un culto o para el mantenimiento del mismo culto;

5.º Aquéllas cuyo único fin sea la beneficencia, la difusión de la instrucción o el adelanto de la ciencia en el país;

6.º Las destinadas exclusivamente a un fin de bien público y cuya exención sea decretada por el Presidente de la República.

Art. 19. Las asignaciones o donaciones que en período de diez años se hayan transmitido dos veces y por las cuales se haya pagado el impuesto en la primera vez, se gravarán en la segunda vez con deducción de la cantidad pagada en la primera.

Art. 20. Las disposiciones de la presente ley no afectarán a los seguros de vida, a las cuotas mortuorias ni a los desgravámenes hipotecarios establecidos en forma de seguro de vida.

CAPITULO III

Del pago del impuesto sobre las donaciones.

Art. 21. No podrá hacerse entrega de donación irrevocable de bienes cuyo valor exceda de \$ 10,000 sin que previamente se acredite el pago del impuesto que corresponda según la escala progresiva del artículo 2.º de la presente ley.

Art. 22. En las donaciones revocables seguidas de la tradición de la cosa donada y en los legados en que el testador da en vida el goce de la cosa legada, deberá insertarse en la escritura que al efecto se extienda, el comprobante de pago del impuesto.

Si las donaciones revocables que hayan pagado el impuesto quedaren sin efecto en todo o en parte, una vez abierta la sucesión del donante, el donatario tendrá derecho a que el interesado le devuelva el impuesto ya pagado por la parte correspondiente.

La misma disposición se aplicará al caso de revocación por acto entre vivos.

Art. 23. En caso de donaciones reiteradas de un mismo donante a un mismo donatario, deberá sumarse su valor y pagarse el impuesto sobre el total de lo donado, con deducción de la suma o sumas ya pagadas por impuesto.

Del mismo modo, se acumularán siempre a la herencia o legado las sumas que el heredero o legatario hubiere recibido en vida del causante y el impuesto se aplicará sobre el total en la forma ordenada en el inciso anterior.

Para los efectos de este artículo, el heredero, legatario o donatario deberá, al solicitar la liquidación del impuesto, hacer presente la donación o donaciones anteriores.

Art. 24. Para la estimación de los bienes donados y determinación del impuesto se observarán las mismas reglas que para los bienes heredados o legados en lo que les sean aplicables.

CAPITULO IV

De la posesión efectiva

Art. 25. Para los efectos de esta ley el heredero no podrá disponer de los bienes de la herencia, sin que previamente se haya inscrito la resolución que da la posesión efectiva de la herencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil.

Art. 26. La posesión efectiva de una herencia deberá solicitarse para todos los herederos, indicándolos por sus nombres, apellidos, domicilios y calidades con que heredan.

En la solicitud se expresará, además, el nombre, apellido, profesión u oficio, estado civil, lugar y fecha de la muerte y último domicilio del causante, si la herencia es o no testamentaria, acompañándose en el primer caso copia del testamento.

Art. 27. Cuando la sucesión se abra en el extranjero, deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley.

La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el

causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva, si aquél no lo hubiere tenido.

Art. 28. Además de otros requisitos que exijan las leyes, la resolución que concede la posesión efectiva de una herencia, contendrá el nombre, apellido, profesión u oficio, lugar y fecha de la muerte y último domicilio del causante; la calidad de la herencia, indicando el testamento cuando lo hubiere, su fecha y la notaría en que fué extendido o protocolizado, la calidad de los herederos, designándoles por sus nombres, apellidos, profesiones u oficios y domicilios.

La resolución terminará, según el caso, ordenando la facción de inventario solemne de los bienes cuya posesión efectiva se solicita, o la protocolización del inventario simple de los mismos, sellado previamente en cada hoja por el secretario.

Art. 29. Dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, los secretarios judiciales deberán enviar a la Dirección una nómina de las posesiones efectivas concedidas en el mes anterior, con indicación del nombre de los causantes, el de los herederos respectivos y la fecha de la muerte de los causantes y de la resolución.

Publicaciones e inscripciones

Art. 30. La resolución que concede la posesión efectiva de la herencia, se publicará en extracto por tres veces en un periódico del departamento, o de la cabecera de la provincia cuando allí no lo hubiere.

En dicho aviso podrá también anunciarse la facción del inventario solemne.

La misma resolución se fijará, además, durante cinco días hábiles en la oficina del Conservador de Bienes Raíces del departamento que corresponda al Juzgado que concedió la posesión efectiva.

Hechas las publicaciones y fijaciones a que se refieren los dos incisos anteriores y previa agregación de una copia autorizada del inventario, el tribunal ordenará la inscripción de la posesión efectiva, previo informe de la Dirección.

La Dirección, al informar, exigirá que se acredite por los medios legales correspondientes el parentesco que ligue a los asignatarios o donatarios, con el causante o donante.

Las publicaciones y fijación del cartel deberán acreditarse con el certificado del respectivo Conservador de Bienes Raíces.

Art. 31. La inscripción a que se refiere el artículo anterior, se hará en el Registro del Conservador de Bienes Raíces del departamento en que haya sido pronunciada la resolución de posesión efectiva, con indicación de la notaría en que se protocolizó el inventario y la enumeración de los bienes raíces que en él se comprenden.

Con el mérito de la inscripción a que se refiere el inciso anterior, los Conservadores deberán proceder a efectuar las especiales que procedan, sin necesidad de otros trámites.

Art. 32. Los Conservadores en los cinco primeros días hábiles de cada mes, deberán enviar a la Dirección, una nómina de las inscripciones de posesiones efectivas que hayan practicado en el mes anterior, indicando en ella el nombre del causante, la fecha de la inscripción y los nombres de los herederos.

Art. 33. Si la sociedad conyugal terminare por el fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes raíces de aquélla deberán inscribirse en el Conservador respectivo, a nombre del cónyuge sobreviviente y de los herederos del difunto.

De los inventarios

Art. 34. Para los efectos del pago de la contribución de herencias, los herederos que no estén obligados a practicar inventario solemne o no lo exijan al tiempo de pedir la posesión efectiva, deberán presentar inventario simple en papel competente y en los términos de los artículos 382 y 384 del Código Civil.

Dicho inventario, que se acompañará a la solicitud de posesión efectiva, llevará la firma de todos los que la hubieren pedido.

Art. 35. En los casos de inventario solemne, el ministro de fe que lo practique certificará haberse hecho la citación en forma legal y procederá a practicarlo en conformidad a la ley. La citación de los interesados se hará por medio de tres avisos en un periódico de la localidad o de la capital de la provincia si allí no lo hubiere.

Art. 36. Siempre que no hubiere oposición de algún heredero o interesado presente, o no se hubiere solicitado antes lo contrario, la manifestación jurada de bienes que existan en otros departamentos podrá hacerse ante un ministro de fe del último domicilio del difunto.

No podrán actuar como testigos en los inventarios los empleados judiciales ni de notarías.

Art. 37. En los casos a que se refieren los artículos precedentes, concluida la manifestación de los bienes, el notario lo certificará así, expresando que el inventario ha quedado protocolizado conforme a la ley.

Art. 38. Las adiciones, supresiones o enmiendas que se hagan en el inventario de común acuerdo por los interesados o por resolución judicial o arbitral, deberán ser consideradas en las liquidaciones que se practiquen para pagar los impuestos de que trata esta ley, en la escritura pública de partición o en la resolución arbitral que ponga término a la comunidad hereditaria.

Los interesados no podrán disponer de los bienes adicionados mientras no se acredite por medio de un certificado de la Dirección que se colacionaron en la liquidación del impuesto.

Art. 39. Las modificaciones a que se refiere el artículo anterior, cuando se trate de bienes raíces, deberán protocolizarse ante el mismo notario que protocolizó el inventario y anotarse en el Registro Conservatorio, al margen de la inscripción primitiva.

De la posesión efectiva de herencias que no excedan de veinte mil pesos

Art. 40. La posesión efectiva de herencia cuyo cuerpo o masa de bienes no excedan de \$ 20,000, podrá solicitarse en formularios especiales que confeccionará la Dirección.

El juez deberá ordenar expresamente esta forma de tramitación y declarar que los interesados quedan acogidos a los beneficios que establece el artículo 44.

Art. 41. Para acogerse a lo preceptuado en este capítulo, será necesario presentar un inventario simple y tasación de los bienes hereditarios, que serán efectuados por la Dirección y de los cuales se dará copia a los interesados.

Art. 42. La resolución que conceda la posesión efectiva de la herencia, será publicada y fijada en la forma que determina el artículo 30, reduciéndose a dos el número de avisos y debiendo expresarse en éstos, que la posesión efectiva se tramita con arreglo a este capítulo.

Cumplidos estos trámites y una vez protocolizado el inventario, el juez ordenará la inscripción de la resolución de posesión efectiva.

Art. 43. El inventario practicado por la Dirección se considerará como inventario solemne para todos los efectos legales.

Art. 44. Las actuaciones judiciales y notariales y las de los Conservadores de Bienes Raíces que se produzcan en los trámites necesarios, hasta las inscripciones especiales de herencia inclusive, se cobrarán en los casos de este capítulo, con un 50% de rebaja.

CAPITULO V

De los valores en custodia y en depósito

Art. 45. Toda persona natural o jurídica que se ocupe habitualmente de dar en arriendo cajas de seguridad, cumplirá con las siguientes obligaciones:

a) Presentar en los meses de enero y junio a la Dirección, una declaración respecto a las cajas de seguridad arrendadas en sus oficinas o sucursales, indicando en ella el número de la caja y por orden alfabético, el nombre y apellido del arrendatario y su domicilio;

b) Llevar un repertorio alfabético en el que se anoten los mismos datos;

c) Llevar un registro foliado y alfabético en el que se anoten con la fecha y la hora, los nombres, apellidos y domicilio de las personas que se presenten a abrir una caja de seguridad, exigiendo de ellas dejen su firma en el registro; y

d) Presentar al personal inspectivo autorizado por la Dirección, dichos registros y repertorio cuando así lo exija aquél.

Art. 46. Fallecido el arrendatario o uno de los arrendatarios en común de una caja de seguridad, o sus cónyuges, no podrá ser abierta sino en presencia de un notario o de otro ministro de fe pública, quien efectuará un inventario detallado de todos los dineros, valores, títulos u objetos que en ella se encuentren.

Esta acta se protocolizará en el Registro de un notario del departamento.

Art. 47. Los dineros, valores, títulos u objetos encontrados en una caja de seguridad arrendada conjuntamente a varias personas, y cuyo condominio no pueda precisarse, serán reputados, salvo prueba en contrario y únicamente para los efectos de la aplicación de esta ley, como propiedad común de dichas personas y se estimará como perteneciente al comunero fallecido una parte proporcional del total.

Art. 48. Para los mismos efectos indicados en el artículo anterior, se presumen pertenecer al dueño o arrendatario de una caja de seguridad, los valores y efectos que en ella existan a la fecha de su fallecimiento, salvo que aparezcan o se pruebe lo contrario.

Art. 49. Las disposiciones contenidas en los artículos 46, 47 y 51, se aplicarán a los sobres y paquetes lacrados y a las cajas cerradas remitidas en depósito a los banqueros, casas de cambio y a toda persona que reciba depósitos de esta naturaleza.

Regirán para dichas personas las obligaciones contempladas en el artículo 47. El contenido de los sobres, paquetes y cajas será inventariado en la misma forma y condiciones previstas para las cajas de seguridad.

Se exceptúan de lo preceptuado en el inciso primero de este artículo, los sobres que, como testamentos cerrados y otros estén sometidos por la ley a pro-

cedimientos especiales para su apertura y las instrucciones que se dejen a albaceas fiduciarios.

Art. 50. Los traspasos de acciones que se presenten después de la muerte de la persona a cuyo nombre aparecen inscritos, no podrán ser aceptados por las respectivas sociedades sin que el interesado acredite previamente que se ha pagado la contribución de herencias, a menos que él establezca que la transferencia corresponde a un contrato que no sea donación.

Art. 51. Las personas naturales o jurídicas que tengan en su poder, sea o no en calidad de depósitos, dinero, joyas u otros valores de una persona fallecida, no podrán hacer entrega de ellos sin que la persona que se presente a reclamarlos acredite su calidad de heredero, juez compromisario debidamente autorizado, o albacea, haber pagado o garantizado el pago de las contribuciones de herencias que correspondan, y que los bienes consten en el inventario que ha debido practicarse, todo ello sin perjuicio que la Dirección autorice por escrito la entrega, cuando en su concepto no haya menoscabo del interés fiscal. En este último caso, el retiro de dinero o especie se hará bajo las condiciones que la misma Dirección señale.

Lo dispuesto en el inciso anterior no obsta para que se persiga judicialmente el cobro de lo adeudado, pero el tribunal no autorizará la percepción de lo debido mientras no se acredite el pago del impuesto.

Art. 52. Los Bancos, Cajas de Ahorros y en general toda institución de crédito bancario, deberán suministrar a la Dirección y a los herederos los datos que se le soliciten respecto a saldo de depósitos, estados de cuentas corrientes, garantías, custodias, etc., que tuvieren los clientes, comitentes o arrendatarios que fallecieren.

CAPITULO VI

De la tasación de los bienes

Art. 53. Para determinar el monto sobre el cual deba aplicarse el impuesto se considerará el valor que tengan los bienes al momento de deferirse la herencia en conformidad a las siguientes reglas:

a) El avalúo con que figuren los bienes raíces en esa fecha para los efectos del pago de las contribuciones;

b) El promedio del precio que los efectos públicos, acciones y valores mobiliarios hayan tenido durante los seis meses anteriores a la fecha de la delación de las asignaciones.

Si los efectos públicos, acciones y demás valores mobiliarios que forman parte de una herencia, no hubieren tenido cotización en el mercado bursátil el día en que la herencia se defirió, el valor de ellos se fijará de acuerdo con el término medio, entre la última transacción anterior a la muerte del causante y la primera posterior a esa fecha. Si no hubiere habido transacción posterior, se tomará como base el promedio de las dos últimas transacciones.

Si por liquidación u otra causa, las acciones y valores de una Sociedad, Comunidad o Institución, no se cotizaren en el mercado, su estimación se hará a justa tasación de peritos, en forma legal o por certificado de la Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles.

c) El valor que a los bienes muebles se les asigna en el acto pericial legal-

mente practicado, debiendo considerarse como parte a la Dirección en la respectiva diligencia.

Cuando por desacuerdo de las partes el nombramiento de perito se haga por la justicia ordinaria o jueces árbitros, deberá recaer únicamente en algunos de los siguientes funcionarios: martilleros públicos, delegados de la Caja de Crédito Prendario y tasadores oficiales de instituciones fiscales o semifiscales y sólo a falta de ellos el nombramiento podrá recaer en otras personas, que no podrán ser empleados de la Dirección ni de los Tribunales de Justicia.

El honorario de los peritos no podrá exceder del medio por ciento cuando los bienes tasados no excedan de \$ 50,000 y de un cuarto por ciento sobre el exceso.

Se considerarán para la estimación del honorario, sólo los bienes que por la ley deban ser tasados.

d) No obstante, si dentro de los dieciocho meses siguientes a la delación de la herencia, se licitaren bienes en subasta pública con admisión de postores extraños, se tomará como base para determinar el monto imponible, el valor en que hayan sido subastados. Si no hubiere postores se tendrá como valor de los bienes el último *mínimum* fijado para el remate.

Esta regla no se aplicará cuando los interesados hayan hecho uso del derecho de pagar definitivamente el impuesto en conformidad a las reglas precedentes, a menos que aquéllos solicitaren la revisión de la liquidación del tributo.

Los funcionarios que efectúen remates de bienes de sucesiones no entregarán el producto de la subasta, a menos de haberse pagado o garantizado el impuesto, o de haberlo autorizado la Dirección, o que el remate se haya acordado ante partidor; pero deberán consignar el producto del remate a la orden del juez en el término de tercero día.

Art. 54. Cuando no se justificare, a juicio de la Dirección, la falta de bienes muebles en el inventario, o no se hayan podido tasar dichos bienes, se estimará para los efectos de esta ley, en un 10% el valor del inmueble que guarnecían, o a cuyo servicio o explotación estaban destinados, aun cuando el respectivo inmueble no hubiere sido propiedad del causante.

CAPÍTULO VII

De la determinación definitiva del monto imponible

Art. 55. La determinación definitiva del monto imponible de las asignaciones se efectuará:

- a) Por partición hecha por acto entre vivos o por testamento;
- b) Por liquidación hecha ante el juez letrado que haya dictado la resolución de posesión efectiva, cuando fuere procedente.

En esta liquidación, los interesados podrán hacer entre ellos las adjudicaciones que estimen convenientes;

- c) Por laudo y ordenata dictados en juicio de partición; y
- d) Por escritura pública de partición.

Art. 56. En todos los casos a que se refiere el artículo anterior, será necesaria la aprobación judicial, previo informe de la Dirección, respecto a la aplicación de las disposiciones de la presente ley.

Este informe deberá evacuarse dentro del término de quince días hábiles, contados desde la fecha en que la Dirección reciba los antecedentes. Vencido

este plazo, el juez resolverá con el solo mérito de los antecedentes, para cuyo efecto ordenará la inmediata devolución del expediente respectivo.

Art. 57. La Dirección deberá ser notificada personalmente o por cédula, de la resolución que apruebe en todo o parte los actos particionales, y contra dicho fallo, en lo relativo al impuesto, sólo procederán los recursos de apelación y casación en el fondo.

Sin perjuicio de los plazos y recursos legales, el interesado podrá en cualquier tiempo solicitar el cumplimiento de la resolución arbitral o del acto particional, pagando previamente la parte no discutida de la contribución y depositando a la orden del Tribunal la cuota controvertida por la Dirección.

No será necesario notificar a la Dirección si los interesados pagaren el monto del impuesto fijado por la Dirección y declaren estar conformes con esa fijación.

Art. 58. El recurso de apelación deberá interponerse en el término fatal de quince días contados desde la última notificación.

Vencido este plazo sin que se haya interpuesto el recurso, se entenderá definitivamente aprobado el monto del impuesto.

CAPITULO VIII

Del pago del impuesto y de las garantías

Art. 59. El impuesto deberá pagarse dentro del plazo de dos años, contados desde la fecha en que la herencia se defiera.

Si no se pagare dentro de dicho plazo, se adeudará un interés de 12% anual a contar desde la expiración del mismo.

Estos intereses no se aplicarán a aquellos interesados que paguen dentro del plazo, el impuesto correspondiente a sus asignaciones.

Art. 60. Sin perjuicio de la fijación definitiva del impuesto, toda sucesión podrá pagarlos provisionalmente antes de estar afinada la partición o antes de disponerse de los elementos necesarios para practicar la liquidación a que se refiere la letra b) del artículo 55, presentando un cálculo y los antecedentes que permitan una fijación, a lo menos aproximada, de lo que se deba al Fisco.

Cuando se ejercite este derecho, el Tribunal, oyendo a la Dirección, fijará el monto aproximado de la contribución, la que se completará en definitiva cuando resultare insuficiente. En caso contrario, el Tribunal dispondrá la devolución de lo que se hubiere pagado en exceso.

Art. 61. Cada interesado podrá pagar separadamente el impuesto que le haya correspondido, una vez liquidado definitivamente el tributo.

Art. 62. Si transcurrido el plazo señalado en el artículo 59, no se hubiere pagado totalmente la contribución adeudada, la Dirección, con el mérito del inventario y demás antecedentes que tenga, procederá a presentar la liquidación respectiva al juez competente, el cual se pronunciará sobre ella con citación de los interesados.

Servirá de suficiente título ejecutivo para proseguir el pago de lo adeudado, el certificado del tesorero fiscal respectivo, en que conste no haberse enterado en arcas fiscales la suma que, de acuerdo con el inciso anterior, haya señalado la justicia.

Art. 63. Los notarios no podrán autorizar las escrituras públicas de adjudicaciones de bienes hereditarios o de enajenaciones o disposiciones en común,

que hagan los asignatarios, ni los Conservadores inscribirlas, sin que en ellas se inserte el comprobante de pago de impuesto a menos que la adjudicación se hubiere hecho en juicios de partición constituídos legalmente o que los asignatarios hubieren otorgado garantías para el pago de la contribución.

Para que gocen del privilegio de este artículo, los compromisos particionales deberán ser ejercidos por abogados que nombre la justicia ordinaria, o cuyo nombramiento sea sometido a su aprobación para los efectos del impuesto de herencias, si no lo debiere prestar por otra causa.

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo, las escrituras de partición y la cesión de derechos hereditarios.

Art. 64. El pago de impuesto podrá garantizarse con depósitos en dinero a la orden judicial, prenda sobre valores mobiliarios, fianza hipotecaria o primera hipoteca. Podrá aceptarse segunda hipoteca si el primer acreedor fuere alguna institución hipotecaria regida por la ley de 29 de agosto de 1855, y la deuda esté al día. Podrán aceptarse también otras garantías calificadas por la Dirección.

Dentro de los cinco días siguientes al otorgamiento de toda escritura pública sobre garantía del impuesto de herencia, el notario respectivo deberá enviar a la Dirección una copia autorizada de ella en papel simple, la cual tendrá el valor de primera copia para todos los efectos legales.

Igual obligación tendrán los Conservadores respecto de las inscripciones que practiquen de esas escrituras.

Art. 65. Las garantías de pago del impuesto se ofrecerán a la Dirección y sólo surtirán los efectos que esta ley señala, cuando dicha oficina les prestare su aprobación.

Art. 66. Salvo que se constituya garantía legal no podrá estipularse la indivisión de bienes hereditarios, si no se paga antes el impuesto de herencia que corresponda.

Art. 67. Aun antes de estar pagado o garantizado el pago del impuesto y siempre que, a juicio de la Dirección, no hubiere menoscabo del interés fiscal, esta oficina podrá autorizar la enajenación de determinados bienes, bajo las condiciones que ella misma señale.

Art. 68. Los herederos, los árbitros partidores y los albaceas con tenencia de bienes, estarán obligados a velar por el pago de la contribución de herencia, ordenando su entero en arcas fiscales, o reservando, o haciendo reservar los bienes que sean necesarios con tal fin, a menos que se hayan otorgado algunas de las garantías consultadas en el artículo 64. En consecuencia, y salvo que se hubiere otorgado garantía legal, no podrá proceder a la entrega de legados, sin deducir o exigir previamente la suma que se deba por concepto de contribución.

Art. 69. El pago de los impuestos que establece esta ley se efectuará en la Tesorería recaudadora del departamento en donde se haya concedido la posesión efectiva de la herencia o insinuado la donación. La Dirección podrá autorizar el pago en otra Tesorería.

[índice](#)

TITULO II

CAPITULO I

De las infracciones a la presente ley y de sus sanciones

Art. 70. Se presumirá ánimo de ocultación de bienes siempre que, disuelta una sociedad conyugal por muerte de alguno de los cónyuges, dejen de manifestarse en el inventario que al efecto se practique, los bienes raíces que fueren del dominio del cónyuge difunto o de la sociedad conyugal.

Art. 71. Se presumirá, asimismo, ánimo de eludir el pago de las contribuciones establecidas por esta ley, en el caso de bienes no manifestados en el inventario y que los herederos se hayan distribuido entre sí.

Art. 72. En los casos a que se refieren los artículos precedentes, y en general cuando aparezcan bienes, cuya existencia ha debido conocerse al tiempo de practicarse el inventario, se adeudará una multa equivalente al triple de la cantidad que se deba pagar por la contribución correspondiente a los bienes omitidos, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que la Dirección pueda ejercitar.

Art. 73. La infracción a cualquiera de las disposiciones del artículo 45, será penada con multa de \$ 100 a \$ 5,000.

Art. 74. La persona que después del fallecimiento de un arrendatario de caja de seguridad o del cónyuge de este arrendatario, no separados de bienes, abriere o hiciere abrir la caja sin cumplir con lo ordenado en el artículo 46, sufrirá una multa de \$ 1,000 a \$ 5,000.

Igual pena sufrirá el arrendador de una caja de seguridad, que teniendo conocimiento de la muerte del arrendatario, permita abrirla sin llenar los requisitos establecidos en el citado artículo 46.

Lo dispuesto en este artículo rige también respecto de los sobres, paquetes y cajas a que se refiere el artículo 48, con la excepción que establece el inciso final de este último.

Art. 75. La inobservancia de lo que disponen los artículos 50 y 51, así como el incumplimiento de lo que la Dirección resuelva respecto de la entrega de dineros o especies, cuando se haga uso de la facultad que le concede el segundo de dichos artículos, constituirá a los infractores en codeudores solidarios en favor del Fisco, por las contribuciones que éste deje de percibir, todo ello sin perjuicio de una multa de \$ 100 a \$ 5,000.

Art. 76. Será aplicable la disposición del artículo 62, aun antes de transcurrido el plazo para pagar el impuesto, siempre que se hayan enajenado bienes hereditarios no incluidos en el inventario.

En tales casos, los contratantes quedarán solidariamente responsables del pago del impuesto e incurrirán en una multa de \$ 1,000 a \$ 5,000. Los bienes objeto de la transferencia quedarán afectos a estas responsabilidades, cualquiera que sea su actual dueño.

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo aquellos casos en que la Dirección, haciendo uso de las facultades que le confieren los artículos 51 y 67 hubiere autorizado la entrega o enajenación de bienes determinados.

Art. 77. La inobservancia de lo que dispone el artículo 63, constituirá a

los notarios en codeudores solidarios del impuesto, sin perjuicio de una multa de \$ 1,000 a \$ 5,000.

Art. 78. La contravención a lo que preceptúa el artículo 68, constituirá a los herederos, árbitros partidores y albaceas, en codeudores solidarios del impuesto, sin perjuicio de incurrir en una multa de \$ 1,000 a \$ 5,000.

Art. 79. Toda infracción a la presente ley que no tuviere una sanción especial, será penada con multa de \$ 100 a \$ 5,000. En caso de reincidencia, la multa se elevará al doble de la aplicada por la primera infracción; y si el reincidente fuere empleado público, sufrirá la suspensión o pérdida de su empleo.

CAPITULO II

Del procedimiento judicial

Art. 80. La representación y defensa ante los Tribunales de los intereses fiscales en cuanto a la aplicación y determinación del impuesto que establece esta ley podrá estar a cargo del Director General de Impuestos Internos, quien podrá delegar estas funciones en el personal idóneo de su dependencia, siempre que así lo requieran las necesidades del servicio.

Art. 81. Los empleados de la Dirección estarán obligados a denunciar cualquiera infracción a la presente ley de que tengan noticia o conocimiento.

Art. 82. Las denuncias se harán por escrito a la Dirección la cual, previas las comprobaciones que estimare necesarias, declarará la procedencia o improcedencia de la denuncia.

Art. 83. Si la Dirección estimare procedente el denuncia, citará personalmente o por cédula, al infractor o infractores, por medio de un empleado de su dependencia, a fin de que en el término de diez días, por lo menos, contados desde la fecha de la notificación, presenten sus descargos.

Art. 84. Agotada la investigación, la Dirección dictará la resolución que corresponda, de acuerdo con los antecedentes del proceso.

Art. 85. La resolución que conforme al artículo precedente expida la Dirección, será notificada al infractor o infractores en la forma prevenida en el artículo 83. Si el infractor o infractores no se conformaren con lo resuelto por la Dirección, podrán dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación, reclamar ante el juez letrado del domicilio de aquéllos. Este reclamo se tramitará breve y sumariamente. El comparendo que al efecto se decrete, se celebrará con asistencia de las partes que concurran.

Art. 86. En estos juicios sólo será apelable la sentencia definitiva. El Tribunal de Alzada fallará sin más trámite que fijar día para la vista de la causa y sin esperar la comparecencia de las partes.

Art. 87. Los empleados de la Dirección tendrán el carácter de ministros de fe para los efectos de las notificaciones contempladas en los artículos 83 y 85.

Art. 88. Si la denuncia fuere rechazada por la Dirección o por la justicia ordinaria, el denunciante será responsable de denuncia calumniosa y de los perjuicios que hubiere producido al denunciado en su persona y bienes.

CAPITULO III

Disposiciones generales

Art. 89. Siempre que en esta ley se emplee la palabra "Dirección" se entenderá que ella se refiere a la Dirección General de Impuestos Internos o a la oficina de su dependencia que corresponda.

Art. 90. La planta de empleados para los efectos de la aplicación y fiscalización de la presente ley será la que existe actualmente para la Dirección General de Impuestos Internos de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, con los sueldos y grados que tales disposiciones les tienen asignados, salvo las siguientes excepciones en cuanto a tales sueldos.

Dentro del Estatuto Administrativo, corresponderá a los funcionarios que a continuación se expresan los grados que en seguida se indican:

Secretario general, grado 5.º;

Abogado visitador, grado 6.º;

Abogado, grado 7.º;

Abogado 1.º y abogados 2.ºs, grado 8.º ; y

Abogados 3.ºs, grado 9.º

El funcionario que desempeña en la actualidad el cargo de Oficial-Secretario en la Inspección General de Herencias y Donaciones, pasará a denominarse Oficial Procurador, con el grado 11.º Estas clasificaciones regirán desde el 1.º de enero de 1934.

El mayor gasto que pueda irrogar la aplicación de estos grados, se imputará al rendimiento de la presente ley.

Art. 91. Deróganse el decreto-ley N.º 364, de 3 de agosto de 1932, y demás disposiciones legales que sean contrarias a lo dispuesto en esta ley.

Art. 92. En casos calificados, la Dirección podrá condonar hasta la mitad de los intereses penales que establece esta ley.

CAPITULO IV

Disposiciones transitorias

Art. 93. Las herencias deferidas durante la vigencia del decreto-ley N.º 364, que aun no hayan pagado el impuesto, o que hayan verificado abonos parciales, o que lo hayan pagado provisoriamente, lo harán con arreglo a las tasas, trámites y plazos que establece esta ley.

Art. 94. Se condonan los intereses penales y multas a los deudores que estén en mora de pagar la contribución de herencias y donaciones, cualquiera que sea el momento en que se hayan deferido, siempre que efectúen el pago dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que esta ley entre en vigencia.

Art. 95. Podrá revisarse el avalúo de los bienes sobre que se aplica el impuesto de herencias deferidas durante los años 1929 y 1930, y que no hubiese enterado el pago de la contribución, tomándose como valor de los bienes el que tuvieron en subasta pública con admisión de postores extraños verificada dentro de los dos años siguientes a la delación de la herencia.

En ningún caso la rebaja del impuesto con motivo de lo establecido en el

inciso anterior podrá ser superior a la parte del impuesto que aun no se haya pagado.

Estas disposiciones se aplican sólo a los bienes raíces, acciones y bonos.

Art. 96. Las reglas establecidas en el artículo 53, se aplicarán a toda herencia, cualquiera que sea la fecha en que se haya deferido, pero el plazo a que se refiere el inciso 1.º de la letra d) se contará desde la fecha en que entre en vigencia la presente ley.

Art. 97. Esta ley comenzará a regir desde la fecha de su publicación en el "Diario Oficial".

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, promúlguese y llévase a efecto como ley de la República.

Santiago, a veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y cuatro.—ARTURO ALESSANDRI.—*Gustavo Ross.*

[índice](#)

LEY N.º 5,464

MODIFICA LA LEY N.º 5,427, DE 26 DE FEBRERO DEL PRESENTE AÑO, SOBRE IMPUESTO A LAS HERENCIAS Y DONACIONES

Por cuanto el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de ley:

Artículo 1.º Prorrógase, por otros tres meses más, el plazo señalado en el artículo 94 de la ley N.º 5,427, de 26 de febrero del presente año, sobre impuesto a las herencias y donaciones.

Se amplían los beneficios de la presente ley a todos los deudores que tuvieren pendiente el pago de contribuciones de herencias o donaciones hasta la fecha de vigencia de la presente ley.

Art. 2.º Esta ley regirá desde su publicación en el "Diario Oficial".

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, promúlguese y llévase a efecto como ley de la República.

Santiago, a veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y cuatro.—ARTURO ALESSANDRI.—*Gustavo Ross.*

MODIFICA EL DECRETO DE PROMULGACION DE LA LEY N.º 5,464, DE 25 DE AGOSTO ULTIMO, RESPECTO A LA PRORROGA DEL PLAZO SEÑALADO EN EL ARTICULO 94 DE LA LEY N.º 5,427

Núm. 2,812.—Santiago, 6 de septiembre de 1934.—Visto el oficio N.º 551, de 31 de agosto, de la Honorable Cámara de Diputados, en el que manifiesta que se incurrió en un error en el oficio N.º 480, de 22 del mismo mes, por el cual comunicó la ampliación del proyecto de ley que prorroga el plazo señalado en el artículo 94 de la ley N.º 5,427, de 26 de febrero del año en curso, por cuanto

el acuerdo del Congreso fué de prorrogar por cuatro meses dicho plazo y no por tres, como en la citada nota se expresó,

Decreto:

Modifícase el decreto de promulgación de la ley N.º 5,464, de 25 de agosto de 1934, publicada en el "Diario Oficial" del día 28 del mismo mes, en el sentido de que la prórroga del plazo señalado en el artículo 94 de la ley N.º 5,427 es por cuatro meses más, y no por tres meses, como se expresa en el artículo 1.º de la citada ley N.º 5,464.

Tómese razón, comuníquese, publíquese e insértese en el Boletín de Leyes y Decretos del Gobierno.—ARTURO ALESSANDRI.—*Gustavo Ross.*

[índice](#)

INDICE

CAPITULO PRIMERO

DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

REGLAS GENERALES

Nociones preliminares

	Págs.
Definiciones	5
Requisitos de validez de las asignaciones testamentarias	5

Requisitos subjetivos

Enunciación	5
Certidumbre y determinación del asignatario	6
No vale la asignación en favor de persona incierta	6
Excepciones a la regla anterior	7
Asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan	7
Asignaciones que tuvieren por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento	7
No vale al asignación en favor de persona indeterminada	8
Excepciones a la regla anterior	8
Asignaciones que se dejan indeterminadamente a los parientes	8
Asignaciones dejadas a objetos de beneficencia	8
Asignaciones que se hacen a un establecimiento de beneficencia sin designarlo	8
Asignaciones que se dejan al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión	9
Asignaciones que en general se dejan a los pobres	9

Requisitos objetivos

Concepto	11
Determinación del objeto de la asignación	11
Excepción a la regla anterior	11

Preceptos que tienden a amparar la libre expresión de la voluntad del testador

	Págs.
Las disposiciones captatorias no valen	12
Forma en que el testador debe expresar su voluntad	12
No valen las asignaciones testamentarias en favor del funcionario que autoriza el testamento, de su cónyuge, de ciertos parientes suyos o de sus sirvientes asalariados	13
¿Valen las asignaciones testamentarias hechas al cónyuge, parientes o sirvientes asalariados de alguno de los testigos?	13
El artículo 1,061, ¿se aplica también cuando se trata de un testamento cerrado?	14
Crédito del funcionario autorizante o de los testigos o de sus parientes, cónyuges o sirvientes que sólo consta por el testamento	14
La designación del asignatario no puede depender del puro arbitrio ajeno ...	16
Cumplimiento de una asignación dejada al arbitrio de un heredero o legatario	16

Interpretación de las disposiciones testamentarias

Concepto	16
Fundamento y fin de la anterior regla de interpretación	17
La interpretación de los testamentos es una cuestión de hecho	17
Error en el nombre o calidad del asignatario	17
Asignación motivada por un error de hecho	18

DIVERSAS CLASES DE ASIGNACIONES

Clasificación	18
---------------------	----

ASIGNACIONES CONDICIONALES

Definición	18
Reglas a que se sujetan las asignaciones condicionales	19
Asignación bajo condición suspensiva y bajo condición resolutoria	19
Asignaciones bajo condición suspensiva	19
Condición que consiste en un hecho presente o pasado	20
Condición que consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador ...	20
Condición de no impugnar el testamento	20
El matrimonio como condición	20
Asignaciones bajo condición resolutoria	21

ASIGNACIONES A PLAZO O A DIA

Concepto	21
Reglas a que se sujetan las asignaciones a plazo	21
Plazo suspensivo y plazo extintivo	21
Días ciertos e inciertos; determinados e indeterminados	22
Combinación entre días ciertos e inciertos con determinados e indeterminados ...	22

Asignaciones desde tal día

	Págs.
La asignación desde tal día cierto y determinado constituye un plazo	23
La asignación desde un día cierto pero indeterminado, es siempre condicional	23
La asignación desde un día incierto pero determinado, es siempre condicional	23
La asignación desde un día incierto e indeterminado siempre envuelve una condición	23

Asignaciones hasta tal día

La asignación hasta un día cierto y determinado constituye un plazo	23
La asignación hasta un día cierto pero indeterminado, envuelve un plazo	23
La asignación hasta un día cierto pero indeterminado, también constituye un plazo	24
La asignación hasta un día cierto e indeterminado es condicional	24
Asignaciones de pensiones periódicas	24
Importancia de determinar si la asignación es a plazo o condicional	24

ASIGNACIONES MODALES

Concepto	25
Diferencias entre el modo y la condición	26
En la asignación modal, por regla general, hay dos personas interesadas	26
El cumplimiento de la asignación modal	27
Cláusula resolutoria	28
Puntos relacionados con el cumplimiento del modo	28
Imposibilidad en el cumplimiento del modo	29

ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL

Generalidades	30
Efectos que producen las asignaciones a título universal	30
Características del heredero	30
Clases de heredero	31
I. Heredero universal	31
II. Heredero de cuota	31
III. Heredero del remanente	32
Conflictos que pueden presentarse habiendo concurrencia de herederos; solución	32

ASIGNACIONES A TITULO PARTICULAR

Calificación del legatario	34
Características del legatario	35
El legado de especie o cuerpo cierto	36
¿Quién soporta los gravámenes a que está afecta la especie legada?	36
Legado de una cosa con la condición de no enajenarla	37
Legado de una cosa en que el testador no ha tenido más que una parte, cuota o derecho	38

	Págs.
Extinción del legado de especie o cuerpo cierto	38
El legado de cosa ajena	39
El legado de cosa futura	39
El legado de elección	39
El legado de crédito	39
El legado de cosa empeñada	40
El legado de condonación	40
El legado de deuda	40
El legado de alimentos	40
Determinación de la parte de la herencia de que puede disponer el testador para hacer legados	41
Cosas que no pueden legarse	41

LAS DONACIONES REVOCABLES

Generalidades	41
Breve noticia histórica	42
Requisitos de validez de las donaciones revocables	43
I. Requisitos externos	43
II. Requisitos internos	44
Efectos de la donación revocable	45
Extinción de las donaciones revocables	46
Estudio comparativo entre la donación revocable y el testamento	47
Estudio comparativo entre las donaciones revocables e irrevocables	48
Donación revocable y pacto sucesorio	48

EL DERECHO DE ACRECER

Concepto	48
Condiciones necesarias para que tenga lugar el acrecimiento	49
I. Se requiere que se trate de una sucesión testamentaria	49
II. Es necesario que el testador haya llamado a diversos asignatarios a la totalidad de una misma cosa, sin indicación de cuota	49
III. Es necesario que al momento del fallecimiento del testador falte al- guno de los asignatarios conjuntos	51
IV. Es necesario que el testador no haya nombrado en el testamento un substituto al asignatario que falte	52
V. Es necesario que el testador no haya prohibido el acrecimiento en el testamento	52
Características más importantes	52
Efectos del acrecimiento	53

LA SUBSTITUCION

Concepto y clases de substitución	55
Reglas a que está sometida la substitución vulgar	56
Substitución fideicomisaria	57
Diferencias principales entre las substituciones vulgar y fideicomisaria	58

	Págs.
Diferencias entre la substitución vulgar, el derecho de representación, el de acrecer y el de transmisión	58

CAPITULO II

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

GENERALIDADES

Sistemas que rigen la transmisión hereditaria	60
Derecho de testar y libertad de testar	60
Concepto de las asignaciones forzosas	61
Ventajas y desventajas de las asignaciones forzosas	61
Enumeración de las asignaciones forzosas	61
Desarrollo histórico a través de los diversos proyectos	61
Sistema de transmisión en nuestra legislación	62
Medios por los cuales pueden defender su porción los asignatarios forzosos	62
Pérdida de las asignaciones forzosas	63
Las asignaciones forzosas tienen lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada	63

ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS

Diferencias entre éstas y las asignaciones alimenticias voluntarias	64
Controversia sobre la expresión "ha debido por ley"	64
El difunto debe haber debido en vida los alimentos. Excepción	65
Los asignatarios de alimentos forzosos no están obligados a concurrir en el pago de las deudas hereditarias	65

PORCION CONYUGAL

Definición	66
Antecedentes históricos	66
Principales diferencias entre la cuarta marital del antiguo Derecho Español y la porción conyugal nuestra	66
Diferencias entre la porción conyugal y las pensiones alimenticias	67
Condiciones necesarias para que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a la porción conyugal	
I. Pobreza del cónyuge sobreviviente	68
Momento en que debe existir la pobreza	68
II. El cónyuge sobreviviente no debe haber dado lugar al divorcio por su culpa	68
III. El cónyuge sobreviviente no debe ser indigno de suceder al cónyuge fallecido	69

Diversas clases de porción conyugal

	Págs.
La porción conyugal teórica	69
La porción conyugal efectiva	70
La porción conyugal ficticia	71
Forma de calcular la porción conyugal	71

Cómo se calcula la porción conyugal cuando el cónyuge es pobre

No hay descendientes legítimos	72
A. No hay descendientes legítimos y el cónyuge tiene derecho a porción conyugal íntegra	72
B. No hay descendientes legítimos y el cónyuge tiene derecho a porción conyugal complementaria	73
Hay descendientes legítimos	75
A. Hay descendientes legítimos y el cónyuge tiene derecho a porción conyugal íntegra	75
B. Hay descendientes legítimos y el cónyuge tiene derecho a porción conyugal complementaria	76

Cómo se calcula la porción conyugal cuando el cónyuge es rico

Distinción	79
Porción conyugal ficticia	79
A. No hay descendientes legítimos	79
B. Hay descendientes legítimos	80
Derecho optativo del cónyuge sobreviviente	80

Puntos de interés relacionados con la porción conyugal

I. ¿Puede el cónyuge recibir porción conyugal y llevar al mismo tiempo una asignación en la parte de libre disposición?	80
II. El cónyuge, por su porción conyugal, ¿tiene el carácter de heredero o legatario?	82
III. Responsabilidad que tiene por las deudas de la herencia el cónyuge sobreviviente que recibe porción conyugal	83

DOCTRINA PINOCHET SOBRE LA PORCIÓN CONYUGAL

Orden de sucesión sin descendientes legítimos	84
Orden de sucesión con descendientes legítimos	87
Errores que el señor Pinochet ve en la doctrina Fabres	88
Errores que el señor Pinochet ve en la doctrina Aguirre	89

APENDICE DE LA PORCIÓN CONYUGAL

Explicación de don Arturo Alessandri R. sobre la porción conyugal	90
Notas de don Pedro Lira Urquieta	99

LAS LEGITIMAS

	Págs.
Concepto	103
Quiénes son legitimarios	103
Distribución de la mitad legitimaria; reglas a que está sometida	104
La legítima rigurosa	105
La legítima efectiva	107

Acervos imaginarios

Generalidades	108
El primer acervo imaginario	109
Formación del acervo imaginario	110
El segundo acervo imaginario	114
Cómo se pagan las legítimas. Imputaciones	119
Reglas para efectuar el pago de las legítimas	121

LA CUARTA DE MEJORAS

Concepto	123
Características	123

EL DESHEREDAMIENTO

Requisitos, objeto y efectos	125
--	-----

CAPÍTULO III

LA REVOCACION Y REFORMA DEL TESTAMENTO

Un testamento puede dejar de producir efectos por diversas razones	128
--	-----

La revocación del testamento

Generalidades	128
Sólo pueden revocarse en el testamento las disposiciones testamentarias, pero no las declaraciones que contiene	129
Un testamento de una clase puede revocarse por otro de diversa clase	129
Clases de revocación	130

La acción de reforma del testamento

Concepto	131
Características	131
¿Qué objetivos persigue la acción de reforma del testamento?	132
Preterición	132

	Págs.
Mediante la acción de reforma del testamento el legitimario pide la legítima rigurosa o la efectiva en su caso	133
También puede reclamarse mediante la acción de reforma de la cuarta de mejoras	133
Quiénes tienen la acción de reforma	134
La acción de reforma en el caso que contempla el artículo 1,318	134
La acción de reforma difiere fundamentalmente de la nulidad del testamento	134

CAPITULO IV

DE LA APERTURA DE LA SUCESION Y DE LA ACEPTACION O REPUDIACION DE LAS ASIGNACIONES

Reglas generales

Concepto	135
Medidas precautorias: guarda y aposición de sellos e inventario	135

La aceptación y repudiación de las asignaciones

Concepto	136
Desde qué momento puede el heredero o legatario aceptar o repudiar	136
Hasta qué momento puede ejercitarse este derecho	137
Cómo debe aceptarse o repudiarse la asignación	138
Características de este derecho de opción	139

Aceptación de las asignaciones a título universal

Herencia yacente	142
Curaduría de la herencia yacente	143
La herencia yacente, ¿es persona jurídica?	143
No son sinónimos los términos "herencia vacante" y "herencia yacente"	144
Derecho del denunciante	144
Las herencias pueden aceptarse expresa o tácitamente	145
Efectos de la aceptación	146

El beneficio de inventario

Concepto	146
Fundamento	147
Orígenes	147
Requisitos para que una persona goce del beneficio de inventario	147
I. Que el heredero lo declare expresamente	148
II. Que el heredero no haga ningún acto que suponga aceptación de la herencia	148
III. Que los bienes consten en inventario	148
IV. Que el heredero, al hacer el inventario, no haya omitido bienes o no haya supuesto deudas	149

	Págs.
¿Qué personas están obligadas a aceptar con beneficio de inventario?	149
Efectos del beneficio de inventario	150
Cómo se extingue la responsabilidad del heredero beneficiario	153
Diferencias entre el beneficio de inventario y el de emolumento	154

CAPITULO V

DE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA

Concepto	155
Características	155
Semejanzas y diferencias entre la acción de petición de herencia y la acción reivindicatoria y la de reforma	158
Quién puede entablar la acción de petición de herencia	159
Contra quién se dirige	159
Efectos de la acción de petición de herencia	160
¿Qué valor tienen los actos que ejecuta el heredero aparente?	161

CAPITULO VI

DE LOS ALBACEAS O EJECUTORES TESTAMENTARIOS

Concepto	162
Origen histórico	162
Diferencias entre el albaceazgo y el mandato	162
Características principales del albaceazgo	163
Las incapacidades para ser albacea	166
Las diversas clases de albacea	166
Atribuciones de los albaceas	167

Facultades y obligaciones de los albaceas que no tienen tenencia de bienes

Facultades conservativas	167
Facultades relacionadas con la ejecución del testamento	168
a) Pago de los legados	168
b) Pago de las deudas hereditarias	169
Facultades judiciales del albacea	170
Prohibiciones	170

El albacea con tenencia de bienes

Facultades	171
----------------------	-----

Responsabilidad y obligaciones de los albaceas

Responsabilidad y obligaciones	172
--	-----

Terminación del albaceazgo

	Págs.
Diversas causales	173

LOS ALBACEAS FIDUCIARIOS

Concepto y origen	174
Condiciones para la validez de la constitución del albaceazgo fiduciario ...	174
Condiciones subjetivas	174
Condiciones objetivas	175
¿Tiene algún límite el testador para dejar encargos secretos?	175
Obligación del albacea fiduciario. Caucción juratoria	176
Cómo termina el albaceazgo fiduciario	177

CAPÍTULO VII

DE LA PARTICION DE BIENES

Referencia a la copropiedad o indivisión	179
Importancia de las reglas sobre partición de bienes	179
Facultad para solicitar la partición; excepciones	180
Pacto de indivisión; sus limitaciones	180
Indivisión contemplada en la ley que crea la Caja de Habitación Popular ...	181
Quiénes pueden hacer la partición	181
I. Partición hecha por el difunto; limitaciones	181
II. Partición hecha por los coasignatarios de común acuerdo	182
III. Partición hecha por el partidor	183
La acción de partición	183
Quién puede entablar la acción de partición	184
El partidor	186
Requisitos para ser partidor	186
Quién puede nombrar al partidor	187
Nombramiento hecho por la justicia	188
Aceptación o repudiación del nombramiento	189
Qué plazo tiene el partidor para hacer la partición	190
Competencia y jurisdicción del partidor	190
Remuneración del partidor	192
Responsabilidad del partidor	192
¿Puede el partidor comprar bienes de la sucesión?	193
Características del juicio de partición	193
Desarrollo del juicio de partición	194
Operaciones previas a la partición	196
Inventario de los bienes	196
Tasación de los bienes	196
Separación de los patrimonios	197
Liquidación y distribución de los bienes	198
Regla general: acuerdo de los coasignatarios	198

	Págs.
Reglas a que debe someterse el partidor en caso de desacuerdo	198
Reglas para la liquidación y distribución de los frutos que hayan producido los bienes hereditarios desde la apertura de la sucesión y durante el juicio de partición	201
Reglas sobre la distribución de las deudas de la herencia	202
Cómo termina el juicio de partición	202

La adjudicación

Concepto	205
La adjudicación y la compraventa	205
Acepción jurídica de la palabra "adjudicación"	206
La adjudicación de bienes no entraña disposición	207
Efecto declarativo	207
Consecuencias del efecto declarativo de la adjudicación	208
La evicción dentro de la partición	209

Acciones y recursos civiles y procesales contra las particiones

La nulidad y la rescisión	211
La resolución, ¿se aplica en las particiones?	214

CAPÍTULO VIII

DEL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS

Fundamento de este pago	215
Deudas hereditarias y testamentarias	215
Responsabilidad de los herederos por las deudas de la herencia	215

El pago de las deudas hereditarias

División de las deudas entre los herederos	216
División de los créditos	216
Consecuencias del hecho de que cada heredero responde de su cuota en las deudas de la herencia	216
Excepciones en las que no se dividen las deudas de la herencia a prorrata de las cuotas hereditarias	217
Responsabilidad que puede afectar a los legatarios por las deudas de la herencia	220
Legados privilegiados y comunes	221

Deudas testamentarias

A quiénes afectan. Cuándo se dividen entre todos los herederos	222
División que pueden hacer los herederos. Acción de los legatarios	223
Orden de preferencia en el pago	224
Cuándo deben ser pagados los legados	224

CAPITULO IX

DEL BENEFICIO DE SEPARACION

	Págs.
Requisitos para que pueda existir y su objeto	225
¿Quiénes pueden solicitarlo?	225
Contra quién debe dirigirse la acción por la cual se solicita el beneficio de separación	225
Desde cuándo produce efectos el beneficio de separación	226
Acreedores hereditarios o testamentarios que no pueden oponer el beneficio de separación	226
Efectos del beneficio de separación	226
Efectos entre los acreedores hereditarios y testamentarios entre sí	227
Efectos entre los acreedores hereditarios y testamentarios de una parte y los acreedores personales del heredero	227
Efectos para los herederos	228

CAPITULO X

DE LAS DONACIONES IRREVOCABLES O ENTRE VIVOS

GENERALIDADES

Ubicación de la materia dentro del Código	230
Definición	230
Naturaleza jurídica	231
Requisitos de las donaciones	232
Capacidad	232
I. Capacidad del donante	232
II. Capacidad del donatario	233
Consentimiento	233
Objeto	234
Causa	234
Disminución y aumento del patrimonio	234
Las solemnidades. Diversas clases de donación	235
1) Las donaciones que, siendo gratuitas, no son de bienes raíces y no exceden de \$ 2,000	235
2) Las donaciones que, siendo gratuitas, exceden de \$ 2,000	236
3) Las donaciones de bienes raíces	236
4) Las donaciones sujetas a modalidades	237
5) Las donaciones con causa onerosa	237
6) Las donaciones con gravamen	237
7) Las donaciones a título universal	238
8) Las donaciones con cargo de restituir	238
9) Las donaciones remuneratorias	239
10) Las donaciones por causa de matrimonio	239
Responsabilidad que afecta al donatario por las deudas del donante	240

A P E N D I C E

	Págs.
Cómo terminan las donaciones	241
Causas generales	241
Causales propias	241
Efectos de la rescisión, revocación y resolución	242

A P E N D I C E

LEY 5,427, SOBRE EL IMPUESTO A LAS HERENCIAS, ASIGNACIONES
Y DONACIONES

TITULO I

DEL IMPUESTO A LAS ASIGNACIONES Y DONACIONES

Capítulo I.—Del impuesto y de la forma de determinar el monto imponible	245
Capítulo II.—De las asignaciones y donaciones exentas de impuestos	248
Capítulo III.—Del pago del impuesto sobre las donaciones	249
Capítulo IV.—De la posesión efectiva	249
Publicaciones e inscripciones	250
De los inventarios	251
De la posesión efectiva de herencias que no excedan de veinte mil pesos	251
Capítulo V.—De los valores en custodia y en depósito	252
Capítulo VI.—De la tasación de los bienes	253
Capítulo VII.—De la determinación definitiva del monto imponible	254
Capítulo VIII.—Del pago del impuesto y de las garantías	255

TITULO II

Capítulo I.—De las infracciones a la presente ley y de sus sanciones	257
Capítulo II.—Del procedimiento judicial	258
Capítulo III.—Disposiciones generales	259
Capítulo IV.—Disposiciones transitorias	259

LEY 5,464

Modifica la ley 5,427	260
Modificación del decreto de promulgación de la ley 5,464	260