

4.- DEL TESTAMENTO MENOS SOLEMNE O PRIVILEGIADO.¹

a) Clases y definiciones.

Testamentos menos solemnes o privilegiados son aquellos en que puede omitirse algunas de las solemnidades establecidas por la ley, por consideración a circunstancias especiales, determinadas expresamente por el legislador. Art. 1008.

Están contemplados en el art. 1030. Ellos son:

- 1º El testamento verbal.
- 2º El testamento militar.
- 3º El testamento marítimo.

1º El testamento verbal.

Es aquel otorgado por una persona en caso de peligro inminente para su vida, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne, ante tres testigos y haciendo de viva voz sus declaraciones y disposiciones testamentarias. Art. 1035.

2º El testamento militar.

Es aquel testamento otorgado en tiempo de guerra por los militares y demás individuos empleados en un cuerpo de tropas de la República, de los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo, y el de las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antedichos, siempre que se hallen en una expedición de guerra, que está actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en una guarnición de una plaza actualmente sitiada. Arts. 1041 y 1043.

El fundamento de este testamento privilegiado estriba en el hecho de que en condiciones de guerra se hace imposible conservar todas las solemnidades exigidas por la ley.

3º El testamento marítimo.

Es aquel que se otorga en alta mar en un buque de guerra chileno o en un buque mercante que navega bajo bandera chilena. Arts. 1048 y 1055.

Tiene los mismos fundamentos que el testamento militar, pero puede tener una mayor aplicación práctica, pues la ley permite otorgarlo en tiempo de paz.

b) Características comunes.

1º Suponen situaciones específicas que consisten ya en un **peligro inminente para la vida**, ya en la de participar en un cuerpo de tropa

¹ Fecha de última modificación: 9 de enero de 2020.

en campaña contra el enemigo o en una plaza actualmente sitiada o en hallarse a bordo de un buque en alta mar. En todos estos casos el antecedente es el mismo, el peligro de perder la vida sin poder otorgar testamento solemne y deseando hacerlo.

2º Estos testamentos **caducan** sin necesidad de que sean revocados. Art. 1212:

i.- El testamento verbal caduca si el testador falleciere después de los 30 días subsiguientes al otorgamiento;

ii.- O si habiendo fallecido antes, no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades que la ley exige, en los 30 días subsiguientes al de la muerte. (Art. 1036).

iii.- El testamento militar caduca si transcurren 90 días subsiguientes a aquel en que hubieren cesado con respecto al testador las circunstancias que habilitaban para testar militarmente, sin haber fallecido el testador (art. 1044).

iv.- Finalmente, el testamento marítimo caduca si el testador sobrevive 90 días al desembarco del buque de guerra chileno o mercante bajo bandera chilena. No se entenderá por desembarque el pasar a tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque (art. 1052).

En todos estos casos, desaparece el peligro que habilita para testar en forma privilegiada y el testador tiene tiempo suficiente para otorgar un testamento solemne.

3º Por su propia naturaleza el testamento privilegiado **tiene menos exigencias formales que los restantes testamentos**.

En lo concerniente a los testigos, dice la ley que "Bastará la habilidad putativa..." (art. 1031, inciso 2º en relación al art.1013). El inc. 2º del art. 1031 se ha prestado para discusiones. Hay quienes interpretan el precepto en el sentido que la habilidad putativa del art. 1013 beneficiaría a todos los testigos del testamento privilegiado (Tal parece ser la opinión de Rodríguez Grez²). Somarriva opina otra cosa: la habilidad putativa sólo beneficia a uno de los testigos, pues el art. 1031, al decir "con arreglo a lo prevenido en el art. 1013", se está remitiendo íntegramente a este precepto, cuyo inc. 2º limita el beneficio a un solo testigo.³

No es necesario sino que sean personas de sano juicio, mayores de edad, que vean, oigan y entiendan al testador y que no hayan sido condenadas a pena aflictiva (art. 1031). Tratándose de testamentos privilegiados escritos, los testigos además deben saber leer y escribir. Observamos que la ley es más liberal respecto de la capacidad de estos

² Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Volumen 1, p. 115.

³ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada, Tomo I, p. 243.

testigos, ya que contiene menos incapacidades que las señaladas por el art. 1012 respecto de los testamentos solemnes.⁴

Las solemnidades son mínimas, según declara el art. 1032:

- a) El testador declarará expresamente que su intención es testar.
- b) Las personas cuya presencia sea necesaria serán unas mismas del principio hasta el fin.
- c) El acto será continuo o sólo interrumpido en los breves intervalos que algún accidente requiera.

4º El testamento privilegiado que revocare un testamento solemne no surtirá efecto alguno, si caduca, en cuyo caso subsistirá el testamento solemne temporalmente revocado. Art. 1213, inc. 2º. Lo anterior revela lo precario que son los testamentos privilegiados.

5º Los testamentos privilegiados pueden impugnarse de la misma manera que los testamentos solemnes. Art. 1040.

6º Los testamentos privilegiados que no hayan sido autorizados por notario, valdrán como instrumentos públicos, una vez protocolizados, previo decreto del juez competente.

c) El testamento verbal.

c.1) Requisitos:

i.- Peligro inminente para la vida del testador. Art. 1035. No basta cualquier peligro para la vida del testador, sino el inminente, y además es necesario que haya sido imposible otorgar testamento solemne. Lo anterior es una cuestión de hecho. La jurisprudencia ha dicho que carece de importancia cuál es la causa de peligro inminente, pudiendo consistir tanto en una enfermedad larga y penosa como presentarse en forma súbita e inesperada.

ii.- Concurrencia de tres testigos. Art. 1033.

iii.- El testador debe hacer sus declaraciones y disposiciones de viva voz. Art. 1034.

iv.- Debe ponerse por escrito en los plazos establecidos en el art. 1036.

Este trámite se compone de tres etapas:

Primera: Examen de los testigos.

Segunda: Resolución judicial.

Tercera: Protocolización.

⁴ Comparando el art. 1031 con el art. 1012, puede concluirse que son hábiles de actuar como testigos en un testamento menos solemne, las siguientes personas que no lo son para intervenir en uno "propriadamente solemne": los mudos, los extranjeros no domiciliados en Chile, los que no estén domiciliados en la Comuna o agrupación de comunas en que se otorgue el testamento y los analfabetos (salvo si el testamento privilegiado fuere escrito).

Ahora bien, ¿Cuáles de estas tres etapas deben estar cumplidas dentro del plazo fatal indicado por la ley? Un fallo disidente de nuestros tribunales resolvió que bastaba que dentro de los 30 días se examinase a los presuntos testigos; la resolución judicial y la protocolización podían efectuarse pasados los 30 días contados desde la muerte del testador.

Posteriormente, la Corte Suprema ha variado de criterio y exige que todo el trámite de poner por escrito el testamento verbal se haga en el plazo señalado, incluso la protocolización. Un fallo de apelación ha declarado, sin embargo, que no es solemnidad del testamento su protocolización en el plazo fatal de 30 días.

*Examen de los testigos: esta primera etapa está regulada por los arts. 1037 y 1038. Se ha fallado que no habiendo la ley señalado otras normas para el examen de los testigos que las de los dos arts. citados, la declaración debe hacerse exclusivamente de acuerdo a ellas, y no se aplican las disposiciones del CPC relativas a la prueba testimonial.

*Resolución judicial y protocolización: art. 1039. La resolución judicial es lo que constituye en definitiva el testamento verbal. El juez es soberano para dictarla, pero está sujeto a las limitaciones del inc.1º del art. 1039.

Finalmente, la resolución judicial, con los demás antecedentes, se protocoliza como testamento en una notaría.

Cabe notar que existe una diferencia entre la competencia del juez para tomar la declaración de los testigos (primera etapa) y para dictar la resolución (segunda etapa). Es competente para lo primero el de la comuna en que se otorgó el testamento, mientras que para lo segundo aquel del último domicilio del causante.

c.2) No puede deducirse oposición a que se ponga por escrito el testamento verbal, pero quedan a salvo las acciones de nulidad que puedan hacerse valer en su contra: art. 1040.

Fallos de nuestros tribunales han declarado que no puede deducirse oposición a que se ponga por escrito el testamento verbal. El fundamento estriba en que el testamento debe ponerse por escrito en el plazo fatal de 30 días. De ser aceptable la oposición no podría cumplirse con los trámites exigidos por la ley en tal breve plazo y en consecuencia, caducaría el testamento.

d) El testamento militar.

d.1) Personas que pueden testar militarmente: art. 1041.

i.- Los militares y demás individuos empleados en un cuerpo de tropas de la República.

ii.- Los voluntarios, rehenes y prisioneros pertenecientes a dicho cuerpo.

iii.- Las personas que van acompañando o sirviendo a cualquiera de los antedichos.

d.2) Funcionarios ante quienes puede otorgarse este testamento: art. 1041.

d.3) Requisito esencial para testar militarmente: art. 1043, que exista estado de guerra. Para Somarriva, como la ley no distingue, podría testarse tanto en guerra internacional como en guerra civil.⁵

d.4) Clasificación de los testamentos militares.

i.- Testamento militar abierto: art. 1042, inc. 1º. Este precepto ha originado dudas, por cuanto no señaló el número de testigos ante el cual testar, limitándose a señalar que el testamento será firmado "por los testigos". Algunos estiman que deben concurrir tres testigos, aplicando la regla del testamento solemne abierto. Otros, en base a la historia fidedigna de la ley, sólo exigen dos testigos, pues los proyectos del Código Civil exigían ese número, agregándose que la omisión en el proyecto definitivo no sería más que un error. Somarriva opina que deben concurrir tres testigos, pues tal es la regla general en nuestra legislación.⁶ El art. 1045 exige la protocolización del testamento militar y señala los trámites que previamente deben cumplirse, para llevar ésta a efecto. El art. 1044 se refiere a la caducidad del testamento militar abierto.

ii.- Testamento militar cerrado: art. 1047.

iii.- Testamento militar verbal: art. 1046.

e) El testamento marítimo.

e.1) Clases de barcos en que se puede testar marítimamente: arts. 1048 y 1055. Pueden ser tanto en barcos de guerra como en mercantes bajo bandera chilena, pero siempre que estén en alta mar.

e.2) Quienes pueden otorgar testamento marítimo: art. 1051. Pueden hacerlo no sólo los miembros de la tripulación, sino cualesquiera otros que se hallaren a bordo de buque chileno en alta mar.

e.3) Clasificación de los testamentos marítimos:

i.- Testamento marítimo abierto: arts. 1048 y 1049 regulan su otorgamiento. El art. 1050 ordena entregar un ejemplar del testamento a la autoridad en el primer puerto a que llegue la nave. El art. 1052 se refiere a la caducidad del testamento marítimo abierto. El art. 1055

⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 251.

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 251 y 252.

regula lo concerniente al testamento marítimo otorgado en naves mercantes. En esta clase de naves, no es posible otorgar testamento marítimo verbal o cerrado, sino sólo abierto.

ii.- Testamento marítimo cerrado: art. 1054.

iii.- Testamento marítimo verbal: art. 1053.

CAPITULO IV: DE LA INTERPRETACION DEL TESTAMENTO.

El testamento debe ser interpretado para determinar el verdadero alcance y sentido de la voluntad del testador. La interpretación, cuando surge una discrepancia entre los interesados, corresponde exclusivamente al juez. Es éste el único capacitado para fijar la voluntad del causante (cuestión de hecho que escapa al tribunal de casación).

El Código Civil se ocupa de esta materia con preferencia en los arts. 1056 a 1069.

Existe una regla fundamental al respecto, recogida en el art. 1069: prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada. Agrega el precepto que para conocer dicha voluntad, se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido.

Se plantea aquí un problema fundamental. El Código Civil, al tratar de la interpretación de los contratos, fija el mismo criterio en el art. 1560. Es obvio que no es lo mismo la "voluntad" que el "consentimiento", pero es igualmente obvio que este último se forma por el concurso real de las voluntades. ¿Pueden entonces aplicarse, subsidiariamente, las normas de los arts. 1560 y siguientes para indagar la voluntad del testador? A juicio de Rodríguez Grez, esto es perfectamente posible, pero siempre que exista compatibilidad entre los elementos de interpretación de los contratos y la naturaleza misma de los testamentos. En otras palabras, no todos los elementos que se contienen entre los arts. 1560 y 1566 sirven para desentrañar la verdadera voluntad e intención del testador.⁷

Este ha sido el criterio que ha fijado nuestra jurisprudencia, sin entrar a teorizar sobre la materia. Se ha fallado que las diversas cláusulas de un testamento no deben ser interpretadas aisladamente, sino en conjunto y de modo que del contexto armónico de las unas y otras, se comprenda y resulte cuál ha sido la voluntad del testador claramente expresada. En el mismo sentido, se ha fallado también que debe preferirse la interpretación que guarde más congruencia y armonía con otras disposiciones del testador a la interpretación que dejaría sin efecto una de las principales cláusulas del testamento.

⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 120.

De estos fallos, puede desprenderse que se han recogido los elementos contenidos en los arts. 1562 (regla del objetivo práctico de los contratos o de la utilidad de las cláusulas) y 1564, inc. 1º (regla de la armonía de las cláusulas).

Cabe preguntarse qué otra regla de las establecidas en los arts. 1560 a 1566 podría usarse en la interpretación del testamento. A juicio de algunos, es posible recurrir a la regla dada en el art. 1565 (regla de la natural extensión de la declaración de voluntad). En un testamento puede ocurrir que por vía de ejemplo, el testador precisa una obligación que se impone a un asignatario. Finalmente, también es posible utilizar la regla del art. 1563,1º (regla del sentido natural).⁸

Cuestión importante es determinar cuándo debe interpretarse el testamento. Sobre este punto, hay que hacer una clara diferenciación entre la interpretación de una regla particular (testamento, convención, contrato) y de una norma jurídica. Un testamento, que contiene reglas concretas, **debe interpretarse cuando surgen dos supuestos necesarios e ineludibles: que sea oscuro o dudoso el texto de las disposiciones, y que exista controversia entre los interesados o terceros que aleguen derechos excluyentes o incompatibles.** Ambos supuestos son copulativos.⁹

Las reglas susceptibles de aplicarse a la interpretación del testamento y que se contienen en la regulación de la interpretación del contrato, son de carácter subsidiario. **Nuestro Código Civil establece reglas preferentes en esta materia,** que ya enunciamos y son las siguientes:¹⁰

1º En el testamento, prevalece la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos y prohibiciones legales. Tales son las limitaciones de la voluntad del testador.

Dispone el art. 1069, inc. 1º: "Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales".

Establece por su parte el art. 996, inc. 3º: "Prevalecerá sobre todos ello la voluntad expresa del testador, en lo que de derecho corresponda".

2º Para conocer la voluntad del testador deberá estarse más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido: art. 1069, inc. 2º. Cabe indicar que la ley ha hecho un distingo entre lo que expresa el legislador y lo que expresan los particulares en

⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 121.

⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 121 y 122.

¹⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 122 a 125.

sus actos jurídicos. Al legislador se le presume cabal entendimiento y comprensión de las palabras; al particular, no se le presume esta virtud. De allí que para interpretar la ley debe atenderse, cuando su sentido es claro, al tenor literal (art. 19) y al interpretar los actos jurídicos a la intención o voluntad real que los anima (arts. 1069 y 1560).

3º El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona. Art. 1057.

4º No es suficiente como expresión de voluntad del causante un sí o un no, o una señal de afirmación o negación. Art. 1060. Esta forma de expresar la voluntad es sospechosa, dudosa e insuficiente, de modo que deberá excluirse para indagar la voluntad del testador.

5º El acreedor cuyo crédito no conste sino en el testamento, será considerado como legatario para los efectos de las incapacidades. Art. 1062.

6º La asignación que se deja indeterminadamente a los parientes, debe entenderse en el sentido que son llamados los consanguíneos más próximos, según el orden de la sucesión intestada, teniendo lugar el derecho de representación; si a la fecha del testamento había sólo uno de estos parientes, se llamará también a los de grado inmediato (recordemos que estamos ante una asignación "plural"). Art. 1064.

7º Si una 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. Art. 1065. Como dice Rodríguez Grez, si no existiera esta disposición, parecería más equitativo llamar a todas las personas involucradas.

8º Asignación indeterminada a un objeto de beneficencia expresado en el testamento: art. 1066. Estudiaremos este caso en el Capítulo V.

9º Asignación que se deja al arbitrio de un heredero o legatario. Art. 1067. Nos remitimos a lo que expresaremos a propósito del párrafo "Otros requisitos de las asignaciones testamentarias".

10º La asignación que por acrecimiento, sustitución u otra causa se traspasa a otra persona, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transmisibles y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente: art. 1068, inc. 1º.

11º De la misma manera, la asignación que por estar demasiado gravada fuere repudiada sucesivamente por todos los asignatarios llamados a ella por el testamento o la ley, se entiende deferida en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes: art. 1068, inc. 2º.

Estas son las normas propiamente interpretativas que se contienen en el párrafo 1º del Título IV del Libro III sobre interpretación de los testamentos. Ellas deben aplicarse con preferencia a las otras reglas que se extraen de los arts. 1560 a 1566, relativas a la interpretación de los contratos.

Existen también algunas normas específicas diseminadas en diversos párrafos del Código Civil, como por ejemplo en los arts. 1074, 1075, 1077, 1094, 1101, 1107, 1108, 1112, etc.- Todas son interpretativas, puesto que fijan los alcances de algunas asignaciones, ya sea para darles efecto o limitarlas.

Se ha planteado el problema de determinar si pueden aceptarse pruebas extrínsecas, esto es, ajenas al testamento mismo, para establecer cuál fue la verdadera voluntad del testador. Aceptando que el testamento es un acto que se basta por sí mismo, Rodríguez Grez cree que ello no es posible, ya que ello implicaría llevar la interpretación más allá de la voluntad testamentaria. El testamento expresa una cierta y determinada voluntad del testador. Puede recurrirse a pruebas extrínsecas para conocer la voluntad del testador, pero no su intención. Así, por ejemplo, para acreditar el error en la individualización del asignatario puede recurrirse a pruebas extrínsecas, tales como que el causante conocía al asignatario con otro nombre, pero no se admitirán pruebas extrínsecas para acreditar que el testador no quería instituir asignatario a quien designe en la cláusula. En otras palabras, puede recurrirse a pruebas extrínsecas para aclarar la voluntad-intención, pero no para negar o desconocer la voluntad-intención. Si el causante no revocó o modificó su testamento, ha de respetarse la asignación. La voluntad existe al momento de otorgarse el testamento y su texto es una fotografía, como dice Rodríguez.¹¹

Por lo demás, nada más claro que lo señalado por el propio A. Bello sobre esta materia: "El art. 1069 del Código prescribe que, sobre todas las reglas de interpretación, debe prevalecer la voluntad del testador claramente manifestada; pero esta manifestación no debe buscarse en otra parte que en el testamento mismo; y si, por ejemplo, se tuviese por otra parte conocimiento de hechos de que se infiere claramente que el testador no habría querido excluir de la sucesión a tales o cuales de sus parientes que por testamento aparecieran excluidos, no será lícito atender a estos hechos para apartarse del sentido genuino de una cláusula testamentaria, porque, admitida esta práctica, no habría cláusula testamentaria que no pudiese invalidarse o alterarse por medio de informes y declaraciones de testigos; lo que ya se ve cuán contrario sería al espíritu, letra y propósito de nuestra legislación."¹²

Confirma plenamente esta interpretación el art. 1107, a propósito del legado de cosa ajena.

¹¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 125 a 127.

¹² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 126 y 127.

Nuestra jurisprudencia ha tenido fallos contradictorios: en un fallo de 1955, la Corte Suprema limita la prueba al testamento mismo; posteriormente, en 1962, pronunció otro fallo en sentido inverso.

El establecimiento de la voluntad del testador es una cuestión de hecho que queda entregada a la decisión de los tribunales del fondo y escapa al tribunal de casación. Pero su calificación jurídica, una vez establecida la voluntad del testador, es una cuestión de derecho, susceptible de revisarse en sede de casación. La calificación jurídica de una disposición testamentaria es cuestión de derecho y en consecuencia, la errónea calificación jurídica hecha por los tribunales del fondo queda sujeta a su revisión en virtud de un recurso de casación en el fondo. Así, por ejemplo, establecido que el testador instituyó herederos por iguales partes a tres asignatarios, será cuestión de derecho resolver si entre ellos opera o no el acrecimiento (es decir, si se trata de herederos universales o de cuota); o determinar si una disposición testamentaria constituye un usufructo o un fideicomiso, si se trata de una herencia o de un legado; etc.¹³

CAPITULO V: DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS.

1.- CONCEPTO Y REQUISITOS DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

1.1. CONCEPTO DE ASIGNACION TESTAMENTARIA.

Del art. 953, se desprende que las asignaciones testamentarias son aquellas que hace el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes. También se definen como la institución de una herencia o de un legado mediante acto de última voluntad del causante.

1.2. REQUISITOS DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

a) Requisitos subjetivos y objetivos.

Como lo dijimos oportunamente, los requisitos para suceder a una persona son de orden subjetivo y de carácter objetivo. Las exigencias subjetivas deben concurrir en la persona misma del asignatario. Los requisitos objetivos determinan la validez o nulidad de las propias asignaciones.

Los requisitos subjetivos para suceder son:

1º Ser capaz de suceder.

¹³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 127.

2º Ser digno de suceder al causante.

3º Ser persona cierta y determinada.

Seguidamente, nos abocaremos al último de los requisitos, dado que los dos primeros ya fueron estudiados.

b) Certidumbre y determinación del asignatario.

b.1) El asignatario debe ser persona cierta: art. 1056, inc. 1º.

El Código Civil insiste en este concepto en los arts. 962 y 963, según los cuales el asignatario, para ser capaz, debe existir natural o jurídicamente al tiempo de deferírsele la asignación.

Puede también suceder que una asignación esté concebida en términos tales que exista incertidumbre respecto de la persona a quien el testador ha querido referirse. En tal evento, el art. 1065 dispone que ninguna de las dos o más personas, entre las cuales existe la duda, tendrá derecho a la asignación.

b.2) El asignatario debe estar determinado o ser determinable.

La determinación del asignatario en el testamento debe hacerse por el nombre de éste, pero el art. 1056 declara que la circunstancia de no estar determinado el asignatario en esta forma, no trae consigo la ineficacia de la disposición testamentaria, siempre que el testamento contenga indicaciones claras que permitan su identificación. Por ello es que se afirma que el asignatario debe estar determinado o ser determinable: esta designación posterior del asignatario debe emanar de disposiciones claras del testamento.

Excepcionalmente, en ciertos casos la ley admite la indeterminación del asignatario. Tres son las situaciones en que, no obstante no estar individualizado el asignatario, es eficaz la disposición testamentaria:

1º Las asignaciones hechas con un objeto de beneficencia, sin designar el establecimiento: art. 1056, inc. 2º. Cabe preguntarse sin embargo cómo se suple la indeterminación; a cuál objeto de beneficencia se destina la asignación; quien es el llamado a determinar a cuál institución de beneficencia beneficiará la disposición, etc. Las asignaciones se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la República designe, prefiriendo alguno de la comuna o provincia del testador. Vemos aquí una excepción al principio enunciado en el art. 1063, ya que en este evento, la elección del asignatario corresponde a un tercero -el Presidente de la República. Cabe preguntarse si la institución de beneficencia debe tener personalidad jurídica. Rodríguez Grez estima que en general, para aplicar esta excepción, la institución deberá tener personalidad jurídica, dado que la situación contemplada en el art. 963, 2º, exige que el testador deje la asignación para los efectos de fundar

una nueva corporación o fundación, situación que no puede suponerse por el solo hecho de hacer la asignación a una institución de beneficencia.¹⁴

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

El art. 1056, inc. 4º, permite también que el testador deje asignaciones "para su alma". La ley presume que en este caso, la asignación también se deja a un establecimiento de beneficencia, aplicándose las reglas recién expuestas. Hay quienes estiman que en este caso, la asignación debe ser determinada en cuanto a su objeto, pues no puede aplicarse a ella lo previsto en el art. 1066, inc. 2º. Si el testador no determina su cuantía ni la forma en que ella debe fijarse, dicha asignación será absolutamente nula.

2º Asignaciones dejadas a los pobres. El art. 1056, inc. 5º, ordena aplicarla a "la parroquia del testador". También la asignación deberá estar determinada, pero indeterminado su beneficiario. Es interesante constatar que el espíritu de la ley indudablemente es favorecer a la parroquia de la Iglesia Católica. ¿Qué sucede si el testador no profesa la religión católica sino otra religión? Rodríguez Grez cree que en este caso la norma debe interpretarse según el significado natural y obvio de la palabra "*parroquia*", no necesariamente referida a la Iglesia Católica. Conforme a tal planteamiento interpretativo, sería evidente que la ley habría ido evolucionando en esta materia, y hoy podría interpretarse la misma disposición dándosele un alcance más amplio que el que tenía originalmente.¹⁵

3º Asignaciones dejadas indeterminadamente a los parientes. Art. 1064. En este evento, el legislador interpreta la voluntad del testador y dispone que la asignación corresponde a los consanguíneos del grado más próximo, según los órdenes de sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las reglas legales. Recordemos que citamos este precepto al estudiar el derecho de representación, como uno de los casos de excepción aparente en que se aplica el derecho de representación en la sucesión testamentaria. Pero como podemos apreciar, dicho derecho se aplica únicamente como consecuencia de que se sigan las reglas de la sucesión intestada. Como dijimos en esa oportunidad, el solo hecho de que la ley haya tenido que decir expresamente que se aplica el derecho de representación revela lo afirmado: la representación no cabe en la sucesión testada.

Ahora bien, en presencia de esta asignación indeterminada, los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más remoto, salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo de ese grado,

¹⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 132 y 133.

¹⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 133 y 134.

pues en tal caso se entienden también llamados los de grado posterior. La solución dada por el legislador es lógica, pues el legislador habló de "parientes", es decir, quiso favorecer a más de una persona. Por eso es que si hay un solo pariente en el grado más próximo, también entran a concurrir los de grado posterior.¹⁶

c) Requisitos de las asignaciones.

c.1) Las asignaciones, al igual que los asignatarios, deben estar determinadas o ser determinables.

Además de la determinación del sujeto, es necesario, para la validez de la asignación, que también esta esté determinada en cuanto a su objeto, esto es, lo que efectivamente se deja al asignatario. Art. 1066. Este precepto no hace sino repetir la clasificación hecha en el art. 951, que distingue entre herencias y legados y entre estos últimos, los de cuerpo cierto y los de género.

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

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

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

El inc. 2º del art. 1066 contempla una excepción al principio contenido en el inc. 1º, la cual es de análoga naturaleza a la examinada cuando nos referimos a la determinación del asignatario. La falta de determinación se suplirá en la forma indicada en el mismo precepto.

c.2) El error en las asignaciones testamentarias.

Al hablar de la voluntad en el testamento, veíamos que faltaba este requisito en caso de error, fuerza o dolo. El legislador se ocupa en el testamento especialmente de la fuerza (Art. 1007); en cuanto al dolo, no hay reglamentación especial, y por ende se aplican las reglas generales. Finalmente, trata del error entre los requisitos de las asignaciones testamentarias (arts. 1057 y 1058). Y ello, porque el error

¹⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 132.

sólo vicia la asignación en que incide, pero no afecta el resto del testamento.

El art. 1058 deja en claro que el error sólo afecta a la cláusula testamentaria en que incide, y en base a ella podemos concluir que el error vicia la asignación cuando es determinante (cuando dice el legislador que anula la disposición si aparece claro que sin él no hubiere tenido lugar). El precepto se refiere exclusivamente al error "*de hecho*", excluyendo al de derecho, lo que no es más que una reiteración de los principios generales (art. 1452).

Del art. 1057 se desprende que aun el error en la persona vicia la asignación. Ello es lógico, pues las asignaciones testamentarias son *intuitu personae*. Pero según lo preceptuado en el artículo, el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona. Algo semejante ocurre en la tradición (art. 676).

c.3) Otros requisitos de las asignaciones testamentarias.

Los restantes preceptos del párrafo 1º del Título IV dan una serie de reglas y contemplan diversos casos de ineficacia de las disposiciones testamentarias, basadas fundamentalmente en el principio de que en el testamento debe manifestarse la voluntad libre y espontánea, exenta de vicios e influencias extrañas, del testador. Nos limitaremos a recordarlos, pues se hizo referencia a ellos con anterioridad:

1º Nulidad de las disposiciones captatorias. Art. 1059. Responde lo anterior, al principio consignado en el art. 1003, en cuanto el testamento es un acto de una sola persona.

2º Falta de manifestación clara de la voluntad. Art. 1060. Responde lo anterior, al principio consignado en el art. 1005, que declara inhábiles para testar a los que, de palabra o por escrito, no pudieren expresar claramente su voluntad.

3º Elección del asignatario por otra persona. Art. 1063, en relación al art. 1004 (la facultad de testar es indelegable).

4º Incapacidad del notario y testigos del testamento. Art. 1061.

5º Cumplimiento de una asignación que se deja al arbitrio de un heredero o legatario. Art. 1067. Puede suceder que se instituya una asignación en favor de una persona dejando al arbitrio de un heredero o legatario su cumplimiento. En este caso, el art. 1067 obliga a formular un distingo según si resulta beneficio para el asignatario en rehusar cumplir la asignación o no le reporta provecho dicho incumplimiento.

Si al heredero o legatario aprovechar rehusar la asignación, están obligados a llevarla a efecto, a menos que prueben justo motivo para no hacerlo así. Por ejemplo, dice el testador: si es la voluntad de mi heredero, entregará \$1.000.000.- a Juan. El heredero está obligado a llevar a cabo la asignación, por cuanto de no hacerlo así obtiene

provecho, pues desaparecido el legado, éste pasará a pertenecerle. Sólo puede eximirse de cumplir la asignación alegando justo motivo para ello.

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

2.- CLASIFICACION DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS.

Las asignaciones testamentarias pueden ser clasificadas desde diversos ángulos:

1º Asignaciones puras y simples y sujetas a modalidades, según que los efectos de las asignaciones se produzcan inmediatamente o vayan a verse afectados por alguna de las modalidades.

2º Asignaciones a título universal o herencias y asignaciones a título singular o legados.

3º Asignaciones voluntarias o forzosas. Las primeras son aquellas que el testador está en libertad de efectuar; las forzosas está en la obligación de hacerlas y el legislador las supe, aun con perjuicio de sus disposiciones expresas.

En este capítulo, nos ocuparemos de las dos primeras clases, analizando más adelante la tercera.

2.1. DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES.

a) Clases.

Las asignaciones sujetas a modalidades pueden ser de tres clases:

- Asignaciones testamentarias condicionales.
- Asignaciones testamentarias a día o a plazo.
- Asignaciones modales propiamente tales.

b) Asignaciones testamentarias condicionales.

b.1) Concepto: art. 1070 - art. 1473.

Dispone el art. 1070: "Las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales. / Asignación condicional es, en el testamento, aquella 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 el negativo. / Las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título De las obligaciones condicionales, con las excepciones y modificaciones que van a expresarse".

Establece el art. 1473: "Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no".

b.2) Disposiciones que rigen las asignaciones condicionales

Las rigen tres clases de disposiciones legales:

- i.- Las normas especiales del párrafo 2º del Título IV.
- ii.- Las contenidas en el Título IV del Libro IV, sobre obligaciones condicionales: así lo dispone el art. 1070, inciso 2º. Como contrapartida, el art. 1493 establece que las disposiciones sobre asignaciones condicionales se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo establecido en el Título IV del Libro IV.
- iii.- Finalmente, según el art. 1079, si la asignación condicional lleva envuelta la constitución de un fideicomiso, se aplican las reglas de la propiedad fiduciaria, establecidas en el Título VII del Libro II del Código.

b.3) La condición debe consistir en un hecho futuro: consecuencias.

Según la definición de condición, ésta debe consistir en un hecho futuro, cuestión ratificada por el art. 1070. Los arts. 1071 y 1072 se ponen en el caso de que las condiciones impuestas por el testador consistan en un hecho presente o pasado, debiendo entenderse lo presente, futuro y pasado con relación al momento de testar, salvo que se exprese otra cosa.

Si el hecho presente o pasado existe o ha existido, la condición se mira como no escrita, la asignación es pura y simple. Si el hecho no existe o no ha existido, no vale la disposición (art. 1071).

Pero puede suceder que la condición fuere realmente un hecho futuro al momento de dictarse el testamento, pero se cumplió en vida del testador. En este caso, el art. 1072 distingue según si el testador supo o no que había ocurrido el hecho.

Si el testador supo que había ocurrido el hecho, hay que distinguir según si éste es de los que admiten repetición o no. Si la permite, se presumirá que el testador exige la repetición. Si no, se tendrá la condición como cumplida.

Finalmente, si el testador no supo que se había cumplido la condición, ésta se mirará como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho, es decir, admita o no repetición.

b.4) Condición de no impugnarse un testamento.

La condición impuesta por el testador al asignatario de no impugnar el testamento, no se extiende a las demandas de nulidad por

algún defecto de forma. Art. 1073. Ello, porque en todo momento el legislador protege la solemnidad del testamento.

La Corte Suprema ha entendido que puede el testador imponer válidamente la condición de no impugnar el testamento y que pierden su asignación las legatarias que han deducido acción de nulidad por estimar que el testador no estaba en su sano juicio al otorgarlo y que no podía expresar claramente su voluntad ni de palabra ni por escrito. (Art. 1005 N° 4 y 5)

Rodríguez Grez discrepa de esta conclusión de la jurisprudencia, que considera excesivamente liberal. Señala que los asignatarios pueden impugnar el testamento por defectos de forma o por contravenir prohibiciones o mandatos legales expuestos. En el caso fallado, se trataba de impugnar el testamento porque las legatarias estimaban que el causante no estaba habilitado para otorgarlo. Agrega el autor que aun cuando la ley no lo diga, la condición de no impugnar el testamento por el incumplimiento de prohibiciones o mandatos legales expuestos, no puede aceptarse como válida, porque ello implicaría derogar tales prohibiciones y mandatos de orden público y condicionar en el fondo la ley, a los deseos del causante. Por voluntarias que sean las asignaciones testamentarias, esta voluntariedad no puede alcanzar el extremo señalado. Claro que como previene el mismo autor, lo dicho se debilita por el hecho que las únicas asignaciones que pueden afectarse por este tipo de condiciones son las testamentarias (como se verá más adelante, no es posible imponer esta condición a los herederos forzosos). Si el testador puede lo más (revocar la asignación), puede lo menos (condicionarla). Sin embargo, contra-argumenta Rodríguez señalando que por este medio, puede el testador evitar que otros asignatarios sufran los efectos de una demanda basada en la ilegalidad de alguna de sus disposiciones. Si estimamos que siempre la ley prevalece y que no parece posible reconocer la legitimidad de un procedimiento encaminado a evitar que se deduzcan acciones fundadas en situaciones sancionadas por la ley con la nulidad, llegaremos a la necesaria conclusión que esta condición es inadmisibles, aun cuando del texto legal parezca desprenderse otra cosa.¹⁷

b.5) Condición de no contraer matrimonio.

El Código Civil se preocupa de otra condición especial en los arts. 1074 y 1075, los cuales determinan que por regla general, se tendrán por no escritas las condiciones impuestas al asignatario de no contraer matrimonio o permanecer en estado de viudedad.

Sin embargo, esta regla tiene las siguientes excepciones:

¹⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 145 y 146.

1º Se puede establecer como condición que un menor no contraiga matrimonio antes de los 18 años o una edad menor. Art. 1074.

2º Se puede imponer la exigencia de permanecer en estado de viudedad, si el asignatario tiene uno o más hijos del anterior matrimonio, al momento de deferírsele la asignación. Art. 1075.

3º Se puede proveer a la subsistencia de una persona mientras permanezca soltera o viuda, dejándole por ese tiempo un derecho de usufructo, de uso o habitación, o una pensión periódica. Art. 1076.

En realidad, en este caso, no hay tanto una condición de no contraer matrimonio, como el deseo de favorecer al asignatario mientras carezca de marido o mujer que pueda ayudarle a subsistir, en virtud del deber de socorro mutuo (hasta la dictación de la Ley N° 19.335, el precepto sólo favorecía a la mujer soltera o viuda.)

4º Vale la condición de casarse o no casarse con una persona determinada. Art. 1077.

5º Vale la condición de abrazar un estado o profesión cualquiera, permitido por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio. Es el caso que se ponga como condición la de abrazar el estado sacerdotal. Art. 1077.

En esta materia, cabe tener presente que la Ley de Matrimonio Civil, dispone que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello (art. 2, inc. 1º, Ley N° 19.947).

Cabe plantearse, ante el principio recién citado, en que pié quedan los artículos 1074 a 1077 del Código Civil. A la luz de lo que ahora establece la Ley de Matrimonio Civil, podría sostenerse que la condición impuesta por el causante, en orden a que el asignatario no contraiga matrimonio o permanezca en estado de viudedad, atentarían contra una norma de orden público, cual es el derecho a contraer matrimonio, si se cumplen los requisitos previstos por la ley para este contrato. Si aceptamos esta interpretación, la asignación debiera entenderse como pura y simple.

b.6) Asignaciones condicionales resolutorias y suspensivas.

1º Generalidades.

Recordemos que la más importante de las clasificaciones de las condiciones, es aquella que distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias. La asignación condicional puede estar sujeta a una u otra condición. El art. 1479, aplicable a las asignaciones en virtud del art. 1070, define tales clases de condición. Recordemos también que las

condiciones pueden encontrarse en tres estados: pendiente, cumplida o fallida.

En cuanto a las asignaciones condicionales resolutorias, el Código Civil no establece reglas especiales a propósito de las asignaciones testamentarias, de manera que nos remitimos a lo estudiado en materias de Obligaciones, y a las reglas generales consignadas en los arts. 1487, 1488, 1490 y 1491.

2º Asignación condicional suspensiva pendiente.

Art. 1078, inc. 1º. El asignatario no tiene derecho alguno, con excepción de impetrar medidas conservativas o precautorias (igual como acontece a propósito de las obligaciones condicionales y el fideicomiso).

Se deduce de este principio lo siguiente:

- a) El asignatario debe existir al momento de cumplirse la condición. Art. 962.
- b) La delación de la asignación se produce una vez cumplida la condición. Art. 956.
- c) El asignatario condicional, nada transmite a sus herederos, si fallece antes de cumplirse la condición. Art. 1078, inc. 2º. Por eso se explica que el art. 1492, luego de establecer la solución inversa respecto de las obligaciones condicionales, disponga que "esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias ni a las donaciones entre vivos". Ni el asignatario condicional ni el donatario condicional transmiten su expectativa a sus herederos; en cambio, el acreedor condicional la traspasa a los suyos.
- d) El asignatario condicional no puede ejercer la acción de partición. Art. 1319. Como la ley permite que los demás asignatarios si efectúen la partición, de hacerlo, deben asegurar competentemente al condicional lo que cumplida la condición le corresponda.
- e) Los acreedores del asignatario condicional no pueden obtener medidas de apremio sobre los bienes asignados bajo condición. La Corte Suprema declaró en un fallo que si un acreedor del asignatario condicional embarga los bienes dejados a éste bajo condición suspensiva, es admisible la tercería entablada por los herederos, pues el acreedor ha embargado un bien que aún no le corresponde al asignatario condicional.

3º Asignación condicional suspensiva cumplida.

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

El art. 1078, inc. final, dispone que una vez cumplida la condición, el asignatario no puede solicitar la restitución de los frutos producidos por la cosa asignada antes de cumplirse la condición, salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa. El art. 1338, N° 1, consagra la

misma regla para los legados de especies condicionales. Y se comprende lo anterior, porque las cosas producen y perecen para su dueño. Tratándose del asignatario condicional, la condición suspensiva cumplida no opera con efecto retroactivo. Por lo demás, tratándose del acreedor condicional, opera el mismo principio, conforme al art. 1488.

4º Asignación condicional suspensiva fallida.

Desaparece la mera expectativa del asignatario condicional. En consecuencia, si había obtenido medidas conservativas o precautorias, estas deben alzarse. Recordemos que la regla general está consignada a propósito de las obligaciones en el art. 1480. A su vez, el art. 1481 hace aplicable dicha disposición incluso a las asignaciones testamentarias.

c) Asignaciones testamentarias a día.

c.1) Generalidades y concepto.

Se refieren a ellas el art. 1080 a 1088. En las asignaciones a plazo rigen las reglas relativas a las obligaciones a plazo, contenidas en los arts. 1494 a 1498.

Del art. 1080 se desprende que son aquellas asignaciones limitadas a plazos o días de que depende el goce actual o extinción de un derecho.

c.2 Asignaciones a día y asignaciones a plazo.

El párrafo 3º del Título IV del Libro III, se refiere a las asignaciones a día. No debemos creer que esta expresión es equivalente a asignación a plazo. Esta última no puede contener incertidumbre de ninguna especie, pues el plazo es el hecho futuro, pero cierto. En su carácter cierto se diferencia de la condición. La asignación a día, en cambio, puede llevar envuelta cierta incertidumbre respecto del día. Desde el momento en que es una asignación, sujeta a modalidades, y se introduce la incertidumbre, nos hallamos ante una condición y no un plazo.

Quiere decir entonces, que las asignaciones a día, pueden ser tanto a plazo como condicionales, según si existe o no incertidumbre en ellas.

c.3) Certidumbre y determinación del día.

El día en las asignaciones puede ser cierto o incierto, determinado e indeterminado.

La certidumbre e incertidumbre de la asignación a día está en relación con la certeza o no de que va a llegar el día fijado a la asignación testamentaria. Es cierto el día cuando tiene que llegar, y entonces, constituye típicamente un plazo; es incierto cuando no existe certidumbre respecto de si va a llegar el día, y entonces es una condición.

La determinación o indeterminación del día depende de si se sabe o no cuándo va a llegar el día. Es determinado si se conoce cuándo va a llegar el día (por ejemplo, tal fecha); y es indeterminado en el caso inverso (por ejemplo, cuando el día es el de la muerte de una persona).

c.4) Clasificación de las asignaciones a día, conforme a su certidumbre y determinación.

De acuerdo a lo expuesto, combinando los elementos de la certidumbre y determinación, las asignaciones a día se clasifican de la siguiente manera:

- 1º Asignaciones a día cierto y determinado. Art. 1081, inc. 1º.
- 2º Asignaciones a día cierto e indeterminado. Art. 1081, inc. 2º.
- 3º Asignaciones a día incierto y determinado. Art. 1081, inc. 3º.
- 4º Asignaciones a día incierto e indeterminado. Art. 1081, inc. 4º.

c.5) Asignaciones desde tal día y hasta tal día.

Esta clasificación corresponde a la del plazo suspensivo y extintivo y a la de la condición suspensiva y resolutoria.

Por ejemplo, la asignación es desde tal día, si el testador dice que lega \$10.000.000.- a Pedro, quien llevará el legado 6 meses después del fallecimiento del causante; y es hasta tal día, si deja a Pedro una pensión periódica durante 5 años.

Esta clasificación la combina el Código Civil con la anterior, dando lugar a las divisiones que indicaremos a continuación.

c.6) Asignaciones desde tal día.

1º Asignaciones desde día cierto y determinado.

Esta asignación a día es típicamente a plazo. Por ejemplo, dice el testador: dejo a Juan \$5.000.000.-, quien los recibirá un año después de mi fallecimiento. El día es cierto y determinado, porque se sabe que ha de llegar y cuándo ha de hacerlo y constituye típicamente un plazo.

Como consecuencia de que sea asignación a plazo, el derecho se adquiere desde el fallecimiento del causante y sólo está en suspenso su exigibilidad. Art. 1084, inc. 1º. Como vemos, la situación del asignatario a plazo es muy superior a la del condicional; el primero, lo único que no

puede hacer es exigir el cumplimiento de la asignación, pero en cambio la transmite a sus herederos y puede enajenarla.

La regla general es entonces que el asignatario, desde día cierto y determinado, sea a plazo. Con todo, según el inc. 2º del art. 1084, si el testador impone expresamente al asignatario la condición de existir en ese día (en el ejemplo, al cumplirse el año desde el fallecimiento del causante), la asignación pasa a ser condicional y se rige por las normas de las asignaciones condicionales. Lo que ocurre en este caso es que el testador introduce un elemento de incertidumbre, y siendo este elemento característico de la condición, la asignación pasa a ser condicional.

2º Asignaciones desde día cierto, pero indeterminado.

Ejemplo: dice el testador que deja \$5.000.000.- a Juan, si fallece Pedro. El día es cierto, porque la muerte de Pedro ha de ocurrir, y es indeterminado, pues no se sabe cuándo llegará tal día. Según el art. 1085, 1º, esta asignación es condicional. A primera vista, no parece lógico que existiendo certidumbre en el día, haya una condición; lo que acontece es que el legislador introduce en este caso la incertidumbre, al establecer una condición: la de que exista el asignatario ese día, o sea, en el ejemplo, al fallecer Pedro. Ahora bien, puede ocurrir que Juan muera antes que Pedro.

Pero si se sabe que el asignatario va a existir el día fijado, como cuando la asignación es a favor de un establecimiento permanente, la asignación es a plazo y se rige por el art. 1084, 1º (art. 1085, inc. 2º).

3º Asignaciones desde día incierto pero determinado.

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

4º Asignaciones desde día incierto e indeterminado.

Ejemplo: el testador lega a Pedro un inmueble, si se recibe de médico. El día es incierto, pues no es del todo seguro que Pedro se reciba de médico, y es indeterminado porque si ello llega a ocurrir no se sabe cuándo será. Esta asignación es típicamente condicional. Arts. 1083 y 1086.

5º Asignaciones desde un día que llega antes de la muerte del testador.

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

c.7) Asignaciones hasta tal día.

También pueden ser de cuatro clases:

1º Asignaciones hasta tal día cierto y determinado.

De acuerdo al art. 1087, inc. 1º, tal asignación constituye un usufructo a favor del asignatario. Por ejemplo, el testador deja una propiedad por dos años a Pedro, a contar desde el fallecimiento del causante. Como existe un plazo -cierto y determinado-, nos hallamos ante un usufructo, como expresamente lo dice el legislador.

2º Asignaciones hasta tal día cierto e indeterminado.

Ejemplo: dice el testador que deja una propiedad a Pedro por toda su vida. Nos hallamos ante un plazo cierto pero indeterminado. Y como existe un plazo, la jurisprudencia ha dicho que también nos encontramos ante un usufructo.

3º Asignaciones hasta día incierto, pero determinado.

Ejemplo: dice el testador que deja una propiedad en goce a Pedro, hasta que cumpla 25 años. El día es incierto, porque no se sabe si llegará o no, pero si llega, se sabe cuándo acontecerá. Según el art. 1088, esta asignación también es a plazo y constituye un usufructo.

En esta asignación pueden ocurrir dos cosas:

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

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

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

4º Asignaciones hasta día incierto e indeterminado.

Ejemplo: el testador deja una pensión periódica a Pedro hasta que se vaya al extranjero. El día es incierto e indeterminado, porque no se sabe si va a llegar y cuándo ello va a ocurrir. Y como hay incertidumbre, el art. 1083 dispone que esta asignación es condicional.

c.8) Síntesis de cuándo las asignaciones a día son condicionales o a plazo.

Resumiendo lo expuesto en los números anteriores, pueden formularse dos reglas:

1º Las asignaciones desde días son siempre condicionales, salvo que sea desde un día cierto y determinado o desde día cierto e indeterminado a un establecimiento permanente; en estos dos casos, constituyen asignaciones a plazo.

2º Las asignaciones hasta tal día son, por regla general, constitutivas de un plazo y representan un usufructo en favor del asignatario, salvo las hasta día incierto e indeterminado, en las que existe una condición.

c.9) Importancia de lo dicho para distinguir el usufructo del fideicomiso.

Todo lo dicho tiene gran importancia no sólo para determinar las reglas aplicables a la asignación, sino también para distinguir el usufructo del fideicomiso. En efecto, en la práctica, es difícil determinar cuándo nos hallamos ante una u otra institución. Aplicando las reglas anteriores, podemos determinar si la asignación constituye un usufructo o un fideicomiso, ya que si la asignación a día lleva envuelto un plazo, existirá lo primero, y si una condición, un fideicomiso. Existen diversos fallos sobre el particular, en los que en definitiva se deja asentado el principio de que para decidir si nos encontramos ante una u otra institución, hay que estarse a la intención del testador. Si su intención fue dejar la propiedad y no el usufructo, la asignación es una propiedad fiduciaria, y si ella fue dejar a una persona no la propiedad sino el goce de una cosa, nos hallamos ante un usufructo (Somarriva reproduce diversas sentencias sobre esta materia).¹⁸

d) Asignaciones modales propiamente tales.

d.1) Regulación y concepto.

Tratan de las asignaciones modales los arts. 1089 a 1096. En base al art. 1089, se define el modo como la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad.

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

d.2) Personas que intervienen en la asignación modal.

Dos personas intervienen en esta clase de asignaciones: el asignatario y el beneficiado con el modo. ¿En cuál de ellas deben

¹⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 287 a 290.

concurrir los requisitos para suceder? Debemos considerar que ambos tienen interés en la asignación (una cuestión similar acontece tratándose del albaceazgo fiduciario, con una diferencia fundamental: el albacea fiduciario no es asignatario en cuanto tal, aunque nadie le impide serlo a la vez del testador; en cambio, el asignatario modal es heredero o legatario del causante en cuanto tal).

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

La Corte Suprema ha dicho que los requisitos necesarios para suceder deben concurrir únicamente en el asignatario modal, pero no en el beneficiado con el modo, pues el verdadero asignatario es el que se instituye como tal. El beneficiado con el modo no es heredero ni legatario, ni tiene vínculo jurídico alguno con el causante. Así, no es nula la asignación si el beneficiado no goza de personalidad jurídica, o no es persona determinada.

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

Concluye este autor señalando que frente a esta situación habrá que determinar, en cada caso en particular, para la validez de la asignación modal, si hubo ánimo fraudulento del testador al instituir un modo en favor de un incapaz, o no hubo intención dolosa de su parte.¹⁹

d.3) Características del modo.

¹⁰ El modo no es una condición suspensiva: en consecuencia, el asignatario modal adquiere desde ya y por el solo fallecimiento del causante la asignación sujeta a la carga del modo. La ley dice expresamente que el modo no suspende la adquisición de la cosa asignada.

¹⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 291 y 292.

El art. 1091 agrega que no es necesario para adquirir la cosa asignada modalmente, prestar fianza o caución de restitución si no se cumpliera el modo.

2º El modo limita el ejercicio del derecho que se adquiere del causante. Ello es claro, desde el momento que se adquiere el dominio, pero supeditado al cumplimiento de una carga impuesta por el causante.

3º La obligación modal es transmisible: art. 1095. Esto demuestra la "perpetuidad" de las asignaciones modales.

d.4) Incumplimiento del modo: la cláusula resolutoria.

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

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

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

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

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

d.5) Quienes pueden solicitar la resolución del modo.

Aunque el legislador no lo dijo expresamente, aplicando el principio de que es el interés jurídico el que hace nacer la acción, podemos concluir que pueden hacerlo dos personas:

1º El beneficiado con el modo, pues declarada la resolución de la asignación modal, debe entregársele una suma proporcionada de dinero (art. 1096). En ello radica su interés.

2º Los demás asignatarios, pues declarada la resolución de la asignación modal, esta asignación, deducido lo que debe entregarse al beneficiado con el modo, acrece a los herederos (art. 1096). En este acrecimiento radica el interés de los demás asignatarios.

d.6) Prescripción de la acción para pedir la resolución.

Dado que no existe reglamentación especial, debe aplicarse la regla general del art. 2515, y como acción ordinaria prescribe en 5 años,

contados desde que se hace exigible la obligación, o sea, desde que existe incumplimiento del modo.²⁰

d.7) Efectos de la resolución de la asignación modal.

1º El asignatario modal debe restituir la cosa asignada y sus frutos. Hay en ello una nueva diferencia con la condición resolutoria tácita, pues en ésta no se restituyen los frutos, a menos que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los casos, haya dispuesto otra cosa (art. 1488).

2º Debe entregarse al beneficiado con el modo una suma de dinero proporcionada al objeto.

3º El resto de la asignación acrece a la herencia, si el testador no ha ordenado otra cosa. El asignatario modal quedará excluido de este beneficio. Art. 1096.

d.8) Cumplimiento del modo: cómo debe cumplirse y enunciación de los casos en que puede dejarse de hacerlo.

El art. 1094 se pone en el caso de que el testador no disponga como ha de cumplirse el modo. Conforme al art., corresponde a la justicia determinar el tiempo y la forma de cumplirse el modo con las indicaciones y limitaciones señaladas en el precepto.

El legislador señala dos casos en que el asignatario modal puede dejar de cumplir la carga que se le ha impuesto. Son ellos:

1º Imposibilidad o ilicitud del modo.

2º Modo que va en beneficio del propio asignatario modal (salvo si hay cláusula resolutoria).

1º Imposibilidad o ilicitud del modo.

Se refiere a esta materia el art. 1093, que distingue entre imposibilidad absoluta y relativa; la imposibilidad absoluta puede ser posterior al establecimiento del modo o coetánea a él. Conforme a lo anterior, el precepto distingue tres situaciones:

a) Modo por su naturaleza imposible absolutamente o ilícito.

Si el modo es por su naturaleza imposible o inductivo a un hecho ilegal o inmoral o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición.

b) Modo que se hace absolutamente imposible con posterioridad a su establecimiento.

²⁰ En cambio, si se trata de un contrato de donación con cargas modales, el plazo de prescripción de la acción será de cuatro años, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1427.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario se hace absolutamente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen (art.1093, inc. final).

c) Imposibilidad relativa.

Se refiere a esta hipótesis el art. 1093, inciso 2º. El juez, con citación de los interesados, aprobará un cumplimiento por equivalencia.

2º Modo que va en beneficio del propio asignatario.

Según el art. 1092, el modo en este caso no impone obligación alguna, a menos que lleve cláusula resolutoria.