

2.2. ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL O HERENCIAS.¹

a) Concepto.

Asignaciones a título universal son aquellas en que se deja al asignatario la totalidad de los bienes del difunto o una cuota de ellos. La asignación recibe el nombre de herencia y el asignatario de heredero.

El art. 1097 nos dice que los asignatarios a título universal con cualquier palabra con que se les llame son herederos:

- Representan a la persona del difunto.
- Adquieren todos los derechos transmisibles.
- Cae sobre ellos la obligación de pagar las deudas hereditarias y las cargas testamentarias que no se impongan a determinada persona.

b) Características de las asignaciones a título universal.²

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

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

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

4º Los herederos gozan de ciertas acciones.

- En primer lugar, de la **acción de petición de herencia** (art. 1264).
- En segundo lugar, puede acontecer que el heredero sea legítimo, es decir heredero forzoso. Si su asignación forzosa es desconocida por el testador, el legítimo puede exigir la modificación del testamento en la parte que perjudica su legítima mediante la **acción de reforma de testamento** (art. 1216).
- Finalmente, los herederos que al mismo tiempo sean legítimos, disponen de la **acción de inoficiosa donación**, vinculada con el segundo acervo imaginario (artículo 1187).

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

6º El heredero sucede en todo el patrimonio transmisible del causante o en una cuota de él. No hereda bienes determinados. Y el heredero no sucede sólo en todos los derechos transmisibles del causante, en el activo de la herencia, sino que también en el pasivo. Le afectan, como veremos, las deudas de la herencia y las cargas testamentarias, a menos que el testador las imponga a determinadas personas. Pero la

¹ Fecha de la última modificación: 21 de enero de 2019.

² Somarriva Undurraga, Manuel, "*Derecho Sucesorio*", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada, pp. 297 a 300.

parte intransmisible del activo y pasivo del causante no pasa a los herederos, como acontece con los derechos personalísimos (uso, habitación, alimentos) y el usufructo; como obligaciones, tampoco se transmiten las *intuitu personae*.

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

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

7.2. En cuanto a la posibilidad de que los herederos puedan o no demandar la nulidad absoluta, si el causante carecía del derecho para hacerlo (art. 1683), hay dos posturas doctrinarias:

i.- Doctrina que postula que los herederos no podrán alegar la nulidad absoluta si el causante carecía del derecho para hacerlo.

La jurisprudencia, en ocasiones, aplicando el principio de que los herederos son los continuadores de la persona del difunto, ha declarado que ellos tampoco tienen derecho a alegar la nulidad absoluta si el causante no podía hacerlo. Los principales argumentos de estos fallos, son los siguientes:

- Nadie puede transmitir más derechos de los que tiene. Si el causante carecía del derecho de alegar la nulidad, tal derecho no pasa a los herederos.
- En el causante ha existido dolo al celebrar un acto o contrato, sabiéndolo nulo, y nadie puede aprovecharse del dolo propio, de manera que tampoco podrán hacerlo los herederos, continuadores legales del difunto. Ciertamente que el dolo es personalísimo y no se transmite, pero en este caso se trata no del dolo propiamente tal, sino que, de sus consecuencias civiles, las cuales son perfectamente transmisibles.
- En conformidad al art. 1685, los herederos de un incapaz no pueden alegar la nulidad si éste hizo uso del dolo para la celebración del acto o contrato. Si los herederos de un incapaz no están en condiciones de alegar la nulidad, con mayor razón no podrán hacerlo los herederos de un capaz.

ii.- Doctrina que postula que los herederos sí podrán alegar la nulidad absoluta, aunque el causante carecía del derecho para hacerlo.

No todos están de acuerdo con la primera interpretación, principalmente en base al carácter personalísimo del dolo. Contra-argumentan también diciendo que el art. 1683 establece una sanción, y siendo toda sanción de derecho estricto, no puede aplicarse sino al caso expresamente penado. Ahora bien, el art. 1683 habla únicamente del que celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba, pero no menciona a sus herederos. Las sentencias más recientes de la Corte Suprema, se enmarcan en esta segunda corriente doctrinaria (así, por ejemplo, sentencia de la Excma. Corte Suprema de 13 de enero de 2014, dictada en los autos Rol N° 9.631-12).

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

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

c) Clasificación de los herederos.³

Como sabemos, los herederos pueden ser universales y de cuota. Los primeros son llamados a la herencia sin determinación de la cuota que les corresponde; a los de cuota se les asigna una porción determinada de la herencia.

A esta clasificación se agrega una tercera categoría de herederos: los del remanente, que en el fondo serán herederos ya universales, ya de cuota.

Los herederos pueden ser también testamentarios y abintestato. Finalmente, distinguimos también entre herederos voluntarios y forzosos.

c.1) Herederos universales.

Se refiere a ellos el art. 1098, 1º. Cabe consignar que aun cuando la designación de heredero universal parece significar heredero de todos los bienes, es perfectamente posible que existan dos o más herederos universales, pues la característica única del heredero universal es el ser llamado sin designación de cuota. Recordemos también que no es lo mismo asignatario universal o heredero universal. Lo primero es el género, lo segundo la especie. Todo heredero universal es asignatario a título universal, pero hay asignatarios a título universal que no son herederos universales, sino de cuota.

- Parte que corresponde en la herencia a los herederos universales: el inciso final del artículo 1098, dispone que, si son varios los herederos universales, dividen entre sí por partes iguales la herencia o la parte que en ella les corresponda.

La ley se pone en el caso de que el testador hubiere establecido varios herederos de cuota y uno universal, disponiendo que, a este heredero llamado universal por el testador, le corresponde la parte de la herencia que falta para completar la unidad.

c.2) Herederos de cuota.

Son aquellos que son llamados a una cuota determinada de la herencia. Para determinar si el heredero es universal o de cuota no hay que atender al beneficio que en definitiva lleva en la sucesión, sino a la forma en que son llamados a la herencia. Puede ocurrir que en definitiva el heredero de cuota lleve una mayor porción de la herencia que un heredero universal.

- Importancia de distinguir entre herederos universales y de cuota: la única importancia estriba en que entre los herederos universales opera el **derecho de acrecimiento**, no así respecto de los herederos de cuota. El derecho de acrecimiento consiste, en síntesis, en que, faltando un asignatario, sus derechos se agregan, aumentan los de los otros asignatarios. Como veremos, es requisito *sine qua non* para que opere el acrecimiento que los asignatarios lo sean sin determinación de cuota. Si falta un heredero de cuota, su porción no acrece a los restantes herederos de cuota, sino que a los herederos abintestato. La razón de esta diferencia reside en que el testador manifestó claramente su voluntad, limitando la parte que debía llevar cada heredero de cuota.

- Síntesis de los principios que gobiernan la clasificación de los herederos universales y de cuota:

³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 300 a 307.

- Para clasificar a un heredero como universal o de cuota, hay que atender a la forma del llamamiento y no al beneficio que lleve en definitiva en la herencia.
- El estatuto jurídico que los rige es exactamente igual, con la salvedad que indicaremos a continuación.
- La única excepción es que, en presencia de herederos universales, opera el derecho de acrecimiento, no así entre los de cuota.

c.3) Herederos del remanente.

En realidad, el heredero del remanente no es una especie distinta de los herederos universales o de cuota, porque en el fondo pertenecen a una u otra categoría de asignatarios universales.

Podemos definir al heredero del remanente como aquel que es llamado por el testador o la ley a lo que queda después de efectuadas las disposiciones testamentarias. Su característica esencial es que llevan lo que resta de la herencia.

- Clasificación de los herederos del remanente.

En conformidad a los arts. 1099 y 1100, los herederos del remanente pueden ser testamentarios o abintestato, según si son llamados a lo que queda de la herencia por el testador o la ley; y universales o de cuota. Serán universales si el testador sólo ha instituido legados en el testamento, y de cuota si ha establecido otros herederos de cuota.

Combinando estas clasificaciones, tenemos cuatro categorías de herederos del remanente:

- Herederos del remanente testamentarios universales. Se presentan cuando el testador sólo ha instituido legados, y dispone también en el testamento del remanente de sus bienes.
- Herederos del remanente testamentarios de cuota. Tiene lugar esta clase de herederos del remanente cuando el testador ha instituido asignaciones de cuota a título universal y asignatarios del remanente. Según el art. 1099, el heredero del remanente se entiende constituido en la cuota que falte para completar la unidad.
- Herederos del remanente abintestato universales. Se presentan cuando en el testamento no hay sino asignaciones a título singular, y el testador no dice nada respecto del resto de sus bienes. Según el art. 1100, los herederos abintestato son herederos universales del remanente.
- Herederos del remanente abintestato de cuota. Nos hallamos ante ellos cuando en el testamento sólo se designan herederos de cuota, y las cuotas designadas en el testamento no alcanzan a completar la unidad.

- Caso en que el testador efectúe asignaciones de cuota en el testamento que completen o excedan la unidad, y designe otros herederos.

Puede ocurrir que las asignaciones de cuota hechas por el testador completen o excedan la herencia, y existan en el mismo testamento otros herederos. Para determinar lo que ocurre en este caso es necesario distinguir si estos herederos son del remanente o universales.

En conformidad al art. 1101, si son herederos del remanente nada llevarán en la herencia. Por ejemplo, dice el testador: dejo un tercio de mis bienes a Pedro; un tercio a Juan y otro tercio a Diego, y lo que reste de mis bienes corresponde a Antonio. En tal caso, Antonio nada lleva.

Pero si el heredero es universal, no queda excluido. Dice el testador, por ejemplo: dejo la mitad de mis bienes a A, la tercera parte a B y la cuarta a C, y

además en otra cláusula nombra heredero universal a D. Este último participa en la herencia, según veremos.

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

Ahora bien, para solucionar la dificultad que se presenta para determinar cuánto lleva el heredero universal en el caso en estudio, los arts. 1101 y 1102 dan reglas aritméticas para la división de la herencia, que explicaremos siguiendo el ejemplo anterior.

El heredero universal se entiende instituido en una cuota cuyo numerador es la unidad (o sea, uno) y el denominador el número total de herederos, incluyendo el universal (art. 1101).

En el ejemplo, a D, heredero universal, le corresponde un cuarto de la herencia, ya que con él hay cuatro herederos. Ahora bien, si a A le toca la mitad, a B un tercio, a C un cuarto y a D otro cuarto, resulta que las asignaciones exceden en un tercio a la herencia. Es necesario entonces hacer desaparecer ese tercio de exceso, disminuyendo proporcionalmente las cuotas de cada cual.

¿Cómo se procede a hacerlo? El art. 1102 dispone que se reducen estas cuotas, estas fracciones, a un mínimo común denominador.

En el ejemplo, este mínimo es 12 ($6/12$; $4/12$; $3/12$; $3/12$). A continuación, se representa la herencia por la suma de los numeradores que han resultado, o sea, se suman en el ejemplo los seis duodécimos de A, los cuatro duodécimos de B y los tres duodécimos de C y D, lo cual da un total de 16 duodécimos. Así, A llevará 6 dieciseisavos; B 4, y C y D 3 dieciseisavos cada uno.⁴

- Todo lo dicho anteriormente se entiende sin perjuicio del ejercicio de la acción de reforma, cuando proceda.

El art. 1103 dispone que todo lo dicho en el párrafo de las asignaciones a título universal, es sin perjuicio de la acción de reforma que la ley concede a los legitimarios. Esto significa que el testador, al efectuar sus disposiciones testamentarias, puede haber infringido o dejar de respetar ciertas asignaciones forzosas: las legítimas o las mejoras. En estos casos, los legitimarios pueden impetrar la acción de reforma del testamento (consignemos, de paso, que la Ley número 19.585 debió eliminar la referencia final al cónyuge sobreviviente, pues éste ahora es legitimario).⁵

c.4) Herederos forzosos y herederos voluntarios.

Los herederos forzosos son los legitimarios, o sea, los herederos cuyos derechos hereditarios el testador está obligado a respetar, y que se suplen por el legislador aun con perjuicio de las disposiciones testamentarias expresas de aquél.

Herederos voluntarios son aquellos que el testador es soberano de instituir o no, pudiendo elegirlos a su arbitrio.

No son designaciones iguales la de heredero forzoso y heredero abintestato. Los herederos forzosos son los legitimarios indicados en el art. 1182, vale decir: a) Los hijos, personalmente o representados por su descendencia; b) Los ascendientes; y c) cónyuge sobreviviente.

El término heredero abintestato es más amplio, pues quedan incluidas en él personas que no son herederos forzosos. El término heredero abintestato es el género,

⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 304 a 306.

⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 306.

mientras que el forzoso es una especie de heredero abintestato. Todo heredero forzoso es abintestato, pero no viceversa. Dicho de otro modo, el art. 983, que indica quienes son herederos abintestato, contempla un mayor número de personas que el art. 1182. Así, por ejemplo, los hermanos y los colaterales hasta el sexto grado son herederos abintestato, pero no son herederos forzosos.⁶

2.3. LAS ASIGNACIONES A TITULO SINGULAR.

a) Concepto.

Lo contempla el art. 951: la asignación es a título singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos; o en una o más especies indeterminadas de cierto género. La asignación se llama legado y el asignatario legatario.

b) Características del legatario y los legados.

Las más importantes son:

1º Los legatarios no representan al causante. Art. 1104. Responden de las deudas hereditarias en subsidio de los herederos.

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

3º Los legados constituyen siempre asignaciones testamentarias. Suponen una manifestación de voluntad del testador. No hay legatarios abintestato (salvo, según veremos, tratándose de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas). Como una consecuencia de lo anterior, en favor de los legatarios no opera el derecho de representación, porque éste es propio de las herencias y de la sucesión abintestato, en los casos expresamente contemplados por la ley, entre los cuales no figuran los legados.

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

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

6º La ley ha establecido un sistema de preferencia para el pago de los legados.^{7 8}

c) La posesión en los legados.

Cabe formular el siguiente principio: en ellos, según Somarriva, no existe posesión legal ni efectiva, sino únicamente la del art. 700. Por lo demás, el problema de la posesión de los legados se plantea sólo respecto de los legados de especie o cuerpo cierto y no en los de género, pues estos últimos se adquieren exclusivamente desde que los herederos los cumplen.

No existe en los legados posesión legal, pues los arts. 688 y 722 que la establecen la refieren únicamente a la herencia. Se justifica lo anterior, pues dichos preceptos no constituyen sino una aplicación del principio de que los herederos son los continuadores del causante y suceden en todos los elementos activos de su patrimonio.

Tampoco hay posesión efectiva porque la ley, en todos los preceptos, la refiere únicamente a la herencia. La posesión efectiva sólo tiene por objeto determinar frente a los terceros interesados quiénes son los herederos y representantes de la sucesión.

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 306.

⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 307 y 308.

⁸ Rodríguez Grez, Pablo, "Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, Volumen 1, pp. 177 y 178.

La Corte Suprema ha declarado precisamente que los legatarios no representan la persona del causante y no cabe en consecuencia concederles la posesión efectiva.

En conclusión, en los legados sólo existe, para Somarriva, la posesión definida en el art. 700, y siempre y cuando concurren los elementos exigidos por dicho precepto, o sea, el corpus y el animus.⁹

Rodríguez Grez, discrepando de Somarriva, considera que sí hay posesión legal. Señala que es efectivo que el art. 722 sólo atribuye posesión legal a los herederos, pero es igualmente efectivo que a la muerte del testador el dominio de la especie o cuerpo cierto legado se transmite, por el solo ministerio de la ley, al asignatario. La sucesión, que conserva el objeto asignado materialmente en su poder, no tiene la posesión de la cosa legada, y el dueño de la misma (el legatario) no tiene la tenencia material. Por tal razón, de aceptarse el planteamiento de Somarriva, se llegaría a la conclusión de que existe un mero tenedor y un dueño, más no un poseedor. En presencia del art. 722, esta conclusión parece insostenible a Rodríguez, desde el momento que si el heredero adquiere la posesión legal y el legatario de especie está en la misma situación, es obvio que aun cuando la ley no lo diga, se aplican a él las mismas reglas. La posesión legal es consecuencia de que los herederos adquieren el dominio por el solo ministerio de la ley. Lo mismo ocurre con los legatarios de especie. Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. No se justifica, por lo tanto, dar al legatario otro tratamiento. Pero la posesión legal no se opone a que un tercero, sea en perjuicio del heredero o del legatario, adquiera la posesión de la cosa legada y llegue a adquirirla por prescripción, conforme a las reglas generales.¹⁰

La posesión legal que pueda reconocerse a los legatarios de especie o cuerpo cierto, tiene importancia para los efectos del saneamiento de la indignidad que pudiere afectar a los primeros, según estudiamos en dicha materia (art. 975).¹¹

d) En los legados de inmuebles, no es necesaria la inscripción especial de herencia.

Como sabemos, el art. 688 exige inscribir los inmuebles hereditarios a nombre de todos los herederos. Legado un inmueble, no tiene por qué inscribirse en el Registro del Conservador a nombre de todos los herederos, pues él no forma parte de la indivisión hereditaria. En efecto, el legado de especie o cuerpo cierto se adquiere por el solo fallecimiento del causante, y, en consecuencia, muerto éste, el inmueble sale de la universalidad de la herencia.

Con el fin de conservar la historia de la propiedad raíz, el inmueble deberá inscribirse en el Conservador, pero directamente a nombre del legatario.

En la práctica, los herederos suscriben una escritura de entrega del legado, y con esta escritura se realiza directamente la inscripción a nombre del legatario.

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

Sin embargo, la jurisprudencia ha solido sostener que, si bien el legatario de especie adquiere el legado por sucesión por causa de muerte, no puede entrar en

⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 308 y 309.

¹⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 180 y 181.

¹¹ Cfr. "Sucesorio 1".

posesión del mismo sin que se le haga entrega del bien legado, la que, tratándose de inmuebles, se efectúa por la inscripción.

Se podría incluso llegar más lejos y concluir que ni siquiera es necesario inscribir el inmueble legado a nombre del legatario. De partida, la ley no exige dicha inscripción; ella sólo tendría por objeto conservar la historia de la propiedad raíz. ¿No se podría pensar -se pregunta Somarriva- que este objetivo está suficientemente obtenido con la inscripción del testamento y del auto de posesión efectiva que exige el art. 688 o, en la actualidad, de la inscripción de la resolución administrativa del respectivo Director Regional del Registro Civil e Identificación, si la herencia fuere intestada?¹²

e) Clasificación de los legados.

1º Legado de especie o cuerpo cierto.

Como señalamos, el legatario de una especie o cuerpo cierto adquiere el bien legado por el solo fallecimiento del causante.

El art. 1118 dispone que el legado de especie se debe en el estado en que existiere a la muerte del testador, comprendiendo los utensilios necesarios para su uso y existentes con él.

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

- Si los herederos se niegan a efectuar la entrega de la especie legada, el legatario puede reclamarla mediante la acción reivindicatoria, pues es un propietario desprovisto de la posesión. Así lo ha declarado la Corte Suprema.
- En consecuencia, el derecho del legatario a la especie legada se extingue cuando prescriba su acción reivindicatoria, o sea, en el caso de que el heredero o un tercero adquieran la cosa legada por prescripción adquisitiva.
- El legatario de un cuerpo cierto se hace dueño de los frutos desde el fallecimiento del causante, conforme al principio que las cosas perecen y producen para su dueño. Art. 1338. Lo anterior, salvo que se trate de un legatario condicional (art. 1078).¹³
- Así como el asignatario de especie o cuerpo cierto aprovecha las accesiones que ella experimenta, también le corresponde asumir el riesgo de la cosa. De modo que si entre la apertura de la sucesión y la entrega de la especie asignada, ésta perece por caso fortuito o fuerza mayor, se extinguirá todo derecho del asignatario, salvo que quien estaba obligado a entregarla se haya constituido en mora (artículo 1550 del Código Civil). La responsabilidad recaerá en toda la sucesión o en aquél a quien el causante impuso la obligación de entregar la cosa legada.¹⁴

2º El legado de género.

Tratándose de esta clase de legados, por el solo fallecimiento del causante el legatario no adquiere derecho real de ninguna especie. Sólo adquiere un derecho personal para exigir a los herederos o a las personas a quienes se ha impuesto la obligación de pagar el legado, la entrega de éste y el cumplimiento de dicha obligación.

En definitiva, el dominio de los géneros o cantidades legadas no se adquiere por sucesión por causa de muerte, sino por tradición. Efectuada ésta, el derecho del legatario que se ejercía sobre un género va a recaer sobre una especie. Al efectuarse

¹² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 309 y 310.

¹³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 310 y 311.

¹⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp.179 a 181.

la tradición de las cosas legadas genéricamente, se determinan las especies o cuerpos ciertos que en definitiva recibirá el legatario.

Aplicando la regla general del art. 2515, la acción del legatario de género para reclamar su legado prescribe, si es ordinaria, en 5 años, y si es ejecutiva, en 3 años y luego 2 más como ordinaria.

Otra diferencia entre estos legados y los de especie o cuerpo cierto es en cuanto a los frutos. El art. 1338 número 2 determina que los legatarios de cantidades o géneros no tendrán derecho a ningún fruto sino desde el momento en que la persona obligada a prestar dichas cantidades o géneros se hubiere constituido en mora, y este abono de frutos se hará a costa del heredero o legatario moroso. En otras palabras, los legatarios de género sólo adquieren los frutos desde el momento en que se les efectúa la tradición de las cosas legadas, o los herederos se colocan en mora de entregarlas.

Respecto de la mora, cabe recordar que el art. 1551 número 1 dispone que el deudor está en mora cuando no cumple su obligación en el término "*estipulado*". Ahora bien, puede acontecer que el testador imponga un plazo para pagar el legado al heredero. Sin embargo, en este caso no se aplica el art. 1551 número 1, pues no hay "*estipulación*", sino un plazo unilateralmente fijado por el testador. Por lo tanto, el legatario deberá requerir judicialmente al obligado al pago del legado, para constituirlo en mora, conforme al número 3 del art. 1551.^{15 16}

f) Cosas susceptibles de legarse y cosas que no pueden legarse.

En cuanto a las cosas que pueden legarse, destaca Somarriva que existe la más amplia libertad. Pueden legarse tanto las cosas corporales como incorporales. Art. 1127. Pueden legarse las cosas muebles y los inmuebles. Incluso, con ciertas modalidades, el legado puede consistir en una cosa ajena, y en la cuota que se tenga en un bien.

Según el art. 1113, puede legarse una cosa futura con tal que llegue a existir, lo cual constituye una aplicación del art. 1461, 1º, según el cual las cosas que se espera que existan pueden ser objeto de una declaración de voluntad (en el mismo sentido, artículo 1813, en la compraventa).

Por excepción no son susceptibles de legarse las cosas inenajenables. Dispone el art. 1105 que no pueden legarse las cosas comunes, como la alta mar, las cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal y de uso público, las pertenecientes al culto divino.

Tampoco pueden legarse las cosas que forman parte de un edificio, de manera que no puedan separarse sin deteriorarlo.¹⁷

Rodríguez Grez, por su parte, formula la siguiente enumeración de cosas susceptibles de legarse:

1. Cosas corporales e incorporales (artículo 1127 del Código Civil).
2. Cosas presentes o futuras (siempre que las últimas lleguen a existir, artículo 1113 del Código Civil).
3. Cosas propias, y excepcionalmente, cosas ajenas.
4. Cosas singulares y cosas indivisas (artículo 1110 del Código Civil).
5. Cosas muebles, inmuebles e incluso algunas universalidades jurídicas (propone como ejemplo un establecimiento comercial).¹⁸

Respecto de las cosas que no pueden legarse, señala Rodríguez Grez las siguientes:

¹⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 311 y 312.

¹⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 181 y 182.

¹⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 313.

¹⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 178.

1. Las cosas no susceptibles de apropiación, pues están fuera del comercio humano (artículo 585 del Código Civil).
2. Los bienes nacionales de uso público, o los de propiedad estatal o municipal (artículo 1105 del Código Civil). Quedan por ende comprendidos en este caso tanto los bienes nacionales de uso público como los bienes fiscales y los municipales.
3. Las cosas destinadas al culto divino (artículo 1105 del Código Civil).
4. Las cosas que forman parte de un edificio y que no pueden separarse de él sin deteriorarlo (artículo 1105 del Código Civil).
5. Los libros cuya circulación está prohibida por la autoridad competente; ni las láminas, pinturas y estatuas obscenas; ni los impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa (artículo 1466 del Código Civil).
6. Las cosas cuya adquisición está prohibida por la ley (por ejemplo, explosivos y armas prohibidas, artículos 10 y 1466 del Código Civil).¹⁹

g) Determinación de las cosas que se entienden legadas cuando el testador no lo hace expresamente.²⁰

Los arts. 1111, 1112 y 1114 a 1117 determinan qué cosas se entienden legadas en ciertos casos particulares y dan al respecto, en síntesis, las siguientes reglas:

1º Caso en que se legue una especie indicando el lugar en el cual se halla guardada.

En tal evento, puede acontecer que la especie no esté guardada en dicho lugar, pero sí en otro; de todos modos, deberá entregarse la especie, pero si ella no se encuentra en ninguna parte, sólo deberá cumplirse el legado cuando él haya sido hecho en favor de un ascendiente o descendiente o del cónyuge. El legado se cumple entregando al asignatario de él una especie de mediana calidad del mismo género (art. 1111). En los demás casos, el legado quedará sin efecto.

2º Legado de cosa fungible.

Para que las asignaciones de cosas fungibles sean válidas es necesario que su cantidad se determine de algún modo.

Esta determinación puede hacerse indicando el lugar en que se encuentran las cosas legadas, en cuyo caso se deberá la cantidad que allí se encuentre al momento de la muerte del testador.

Pero puede acontecer que en el legado de cosa fungible se indique a la vez la cantidad que comprende y el lugar en que se hallan. En este caso, es preciso distinguir. Si en dicho lugar existe una cantidad mayor a la indicada por el testador, sólo se debe ésta. Si hay una menor, sólo se debe la que exista en dicho lugar. Finalmente, si no existe ninguna cantidad de la cosa legada en el lugar indicado por el testador, nada se debe al legatario, salvo dos excepciones:

- Se deberá siempre la cantidad determinada por el testador, aun cuando no se encuentre en el lugar designado por él, si el legado es a favor de ascendientes, descendientes o cónyuge; y
- También se deberá cumplir el legado, si éste y el señalamiento del lugar no forman una cláusula indivisible. Art. 1112, inc. final.

3º Legado de una especie entre muchas que existen en el patrimonio del testador.

Si de varias especies que existieren en el patrimonio del testador, se legara una sin decir cuál, se deberá una especie de calidad mediana o mediano valor entre las comprendidas en el legado. Art. 1114.

¹⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 178 y 179.

²⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 313 a 315.

El legado de un género determinado por cantidad, existiendo mayor cantidad de él en el patrimonio del testador, sigue la misma regla anterior. Art. 1115.

Ahora bien, puede acontecer que el testador haya dejado una cosa entre varias que creyó tener, pero en realidad sólo tenía una; en tal evento, se deberá esa. Pero si no ha dejado ninguna, el legado, por regla general, no vale, sino cuando ha sido hecho en favor de los ascendientes o descendientes del causante o de su cónyuge, quienes tendrán derecho sólo a pedir una cosa mediana del mismo género, aun cuando el testador les haya otorgado derecho a elegir (art. 1116, 2º). Pero si la cosa es de aquellas cuyo valor no tiene límites (el CC. menciona, como ejemplos, una casa, una hacienda de campo, etc., lo que en realidad nos remite a cosas de gran valor), y no existe ninguna del mismo género entre los bienes del testador, nada se deberá ni aún respecto de estas personas: art. 1116, 3º (las mencionadas en el art. 1107).

Finalmente, si la elección de la cosa legada entre muchas se deja al criterio de la persona obligada, del legatario o de un tercero, ellas elegirán a su arbitrio la cosa legada. Si el tercero no hace la elección en el tiempo señalado por el testador o por el juez, se entregará al legatario una cosa de mediana calidad o valor entre las comprendidas en el legado. La elección no puede ser dejada sin efecto, salvo en caso de engaño o dolo. Art. 1117. Rodríguez Grez denomina a esta figura como "*legado de opción*", y señala los siguientes requisitos para su validez: i) Que el testador señale un universo de cosas que puedan ser objeto del legado; ii) Que se encomiende la elección de la cosa legada a la persona obligada a pagar el legado, o al legatario, o a un tercero; iii) Que las cosas comprendidas en este universo, de entre las cuales podrá escogerse, sean de dominio del testador, o a lo menos tenga sobre ellas un derecho, parte o cuota; y iv) Que las cosas que componen tal universo y entre las cuales debe realizarse la elección, sean susceptibles de legado.²¹

h) Determinación de las cosas que van comprendidas en el legado.

Los arts. 1119 a 1123 determinan los accesorios que van comprendidos en todo legado, y se ponen en los casos siguientes:

1º Legado de un predio: arts. 1119 y 1120.

2º Legado de una casa: art. 1121. Esta es también una norma de interpretación legal en materia de bienes muebles.

3º Legado de un carruaje de cualquier clase: artículo 1122. Este precepto bien podría servir para interpretar la cláusula en virtud de la cual se lega un vehículo motorizado.

4º Legado de un rebaño: art. 1123.²²

i) Legado de una misma cosa a varias personas.

Puede suceder que una misma cosa sea legada a dos o más personas. En este caso, el art. 1124 establece que se forma una comunidad. En todo caso, como nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión (art. 1317), cualquiera de ellos tiene derecho a solicitar la partición de la cosa común.²³

J) Legado de cuota o de cosa indivisa.

El art. 1110, inciso 1º, se refiere a este caso. Si el testador era copropietario o comunero en la cosa legada, sólo transmite a sus legatarios la respectiva cuota. Dispone la norma: "Si el testador no ha tenido en la cosa legada más que una parte,

²¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 192.

²² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 315 y 316.

²³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 316.

cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho”.

Se pregunta Rodríguez Grez qué sucede si entre el otorgamiento del testamento y la muerte del causante se ha producido la partición de la comunidad. Frente a esta hipótesis, deberán distinguirse dos situaciones posibles: si la cosa se adjudicó al testador o si la cosa se adjudicó al tercero. Si la cosa se adjudicó al testador, subsiste el legado de la parte o cuota a que se refiere el testamento. Agrega este autor que no hay razón para sostener la tesis de que la asignación se incrementa con una parte mayor, ya que la voluntad del causante ha sido claramente expresada, conforme al mandato legal, y ningún obstáculo existe para que se pueda asignar una cuota de una cosa singular que le pertenece (a diferencia de lo que opinan Domínguez Benavente y Domínguez Águila, dado el efecto declarativo que tiene la partición –artículo 1344- y la presunción contenida en el artículo 1110²⁴). Si al testador se le adjudica una parte o cuota en la especie, subsiste el legado en esa parte o cuota. Si la cosa, en fin, ha sido adjudicada a un tercero, por efecto de la partición (efecto declarativo) es forzoso concluir que se trata de un legado de cosa ajena y por tanto, absolutamente nulo. En este caso, nada se deberá al legatario. Lo mismo ocurrirá si se enajena la cosa indivisa por el testador y los demás comuneros, pues habrá operado una revocación del legado.²⁵

El art. 1743, destaca Somarriva, constituye una excepción al principio del artículo 1110: se pone el primer precepto en el caso de que uno de los cónyuges legue a otra persona un bien perteneciente a la sociedad conyugal. Para determinar la suerte de este legado, hay que esperar las resultas de la partición, de la liquidación de la sociedad conyugal; si en ella el bien legado se adjudica a los herederos del cónyuge testador, se debe al legatario la cosa legada. Si el bien se adjudica al cónyuge sobreviviente, el legado se cumple por equivalencia, o sea, el legatario tiene derecho a exigir que se le entregue el valor del bien legado. La excepción al art. 1110 consiste en lo siguiente: de no haber existido el art. 1743, como al fallecimiento del cónyuge se disuelve la sociedad conyugal y se forma una comunidad, aplicando el art. 1110 se presumiría que el cónyuge sólo habría legado la cuota o parte que le correspondía en el legado.²⁶

k) Legado de especies o cuerpos ciertos gravados con prenda o hipoteca.

En este punto, cabe examinar las obligaciones y derechos que tiene el legatario respecto de las prendas e hipotecas con que está gravada la cosa legada. Hay que formular varios distingos: el primero, si el legatario debe pagar la deuda garantizada con dichas cauciones o no, y si en definitiva va a soportar él dicho pago. Se trata del distingio entre la obligación y la contribución a la deuda.

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

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

Si existe voluntad expresa o tácita del testador de gravar al legatario con la prenda o hipoteca, éste deberá soportar su pago en definitiva sin derecho a repetición.

²⁴ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón, "Derecho Sucesorio", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2011, 3ª edición actualizada, p. 762.

²⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 187.

²⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 316 y 317.

En primer lugar, el testador puede gravar expresamente al legatario con el pago de la prenda o hipoteca: así se desprende del art. 1104 (“...ni cargas que los que expresamente...”).

El legatario también puede ser gravado tácitamente en el caso del art. 1135, 3º, o sea, cuando el testador después de efectuado el legado constituye sobre el bien legado una prenda o hipoteca.

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

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

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

Si el gravamen no garantizaba una deuda del causante sino de un tercero, se aplica el inc. final del art. 1366: el legatario no tendrá acción contra los herederos. ¿Quiere decir entonces que el legatario deberá soportar en definitiva el pago del gravamen? La respuesta es negativa, pues es el caso de aplicar la regla general, contemplada en el art. 2429 (y en el art. 1610, número 2), según el cual el tercer poseedor de la finca hipotecada que paga la deuda se subroga en los derechos del acreedor en contra del deudor. No se subroga en contra de los herederos porque el art. 1366 le niega este derecho, pero nada lo priva del derecho de subrogarse en contra del deudor personal.²⁷

Todo lo expuesto en esta letra, responde al distinguo ya estudiado en las obligaciones solidarias y en el pasivo de la sociedad conyugal, entre la “obligación a la deuda” y la “contribución a la deuda”.

l) Legados con cláusula de no enajenar.

Se presenta en nuestro derecho el problema de la validez de las cláusulas de no enajenar que se impongan al propietario. Hay casos en que el legislador acepta expresamente esta cláusula (fideicomiso, usufructo y donación). En otros casos repudia semejante estipulación (arrendamiento, censo, hipoteca).

El problema se presenta en los casos en que el legislador nada ha dicho. Respecto de ellos, se concluye en general que las cláusulas de no enajenar son ineficaces, aunque una parte de la doctrina defiende su validez, como se estudio al tratar de los atributos o facultades del dominio. Recordemos que una posición ecléctica de la doctrina, reconoce validez a las cláusulas de no enajenar, llamadas relativas, cuando concurren dos circunstancias:

1º Que ellas sean establecidas por un tiempo determinado, y no por un lapso indefinido.

2º Que exista interés de alguna persona en el establecimiento de esta cláusula.

Precisamente el art. 1126 recoge estos principios en los legados. Interpretando la disposición a contrario sensu, se deduce que si se lega una cosa prohibiéndose su enajenación, y ésta comprometiére derechos de terceros, la cláusula valdría, sería eficaz ante la ley. Y este principio, concluyen los partidarios de la “cláusula relativa”,

²⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 317 a 319.

no debe circunscribirse a los legados, porque el art. 1126 recogería una concepción jurídica general, contenida en la legislación.²⁸

Rodríguez Grez, concordando con lo expuesto, destaca que en los casos excepcionales en que la ley permite pactar o imponer una cláusula de no enajenar (artículos 751; 793, inciso 3º; y 1432 número 1), hay dos limitaciones que subyacen: el interés legítimo de un tercero y la temporalidad del gravamen. El artículo 1126 recoge la primera de estas limitaciones. Resta por establecer, plantea Rodríguez Grez, por cuanto tiempo subsiste la limitación. Estima que ella se mantiene en vigor mientras perdura el interés que legitima la prohibición. Otra solución sería ilógica, ya que no puede mantenerse si no hay interés comprometido ni su mantención, en dicho evento, tendría utilidad ninguna. Agrega que la enajenación a que alude el artículo 1126 debe ser entendida en su sentido amplio, comprendiendo no sólo la transferencia del dominio, sino también la constitución de gravámenes. En todo caso, la prohibición, obviamente, no puede alcanzar a las enajenaciones forzosas, dado que ellas se realizan por ministerio de la ley y contra la voluntad del dueño.²⁹

m) Legado de cosa ajena.^{30 31}

Se refieren a esta materia los arts. 1106 a 1109.

Se entiende por legado de cosa ajena, el legado de un bien que no pertenecía al testador o al asignatario a quien se impone la obligación de pagarlo.

Sólo puede tratarse de legados de especies o cuerpo cierto, y no de género (art. 1106: "Podrá el testador ordenar que se adquiriera una especie ajena para darla a alguna persona...").

Por regla general, el legado de cosa ajena es nulo, salvo las siguientes excepciones:

1º El legado de cosa ajena vale si aparece en el testamento que el testador tuvo conocimiento de estar legando una cosa ajena.

2º Es igualmente válido si es a favor de un ascendiente o descendiente o cónyuge.

En estos dos casos, se entiende que el legado impone a los herederos o al asignatario gravado la obligación de adquirir la cosa legada. El asignatario gravado o la sucesión, en su caso, deberá acatar la orden del testador y adquirir la especie legada. Si el propietario se negare a enajenarla o pidiera un precio excesivo, el legado se cumplirá por equivalencia: se entregará al legatario el justo valor de la cosa legada (arts. 1106 y 1107). Se ha discutido qué clase de obligación es la que asume el gravado. Para algunos, se trata de una obligación facultativa (ya que la cosa debida es una, pero el deudor está facultado para pagar con otra); para otros, es una obligación alternativa (ya que las dos cosas son las debidas, pero la prestación de una de ellas extingue la obligación). A juicio de Rodríguez Grez, frente a la imposibilidad física o comercial de adquirirla, se genera una subrogación del objeto debido. La obligación cambia de objeto y en lugar de la cosa legada se adeuda una suma de dinero representativa del justo precio de la especie.

También se ha planteado el problema de establecer qué sucede si la cosa se destruye, ya sea en manos del tercero o del asignatario gravado después de adquirida y por hecho o culpa de éste. Rodríguez Grez sostiene que, si la cosa perece en manos de un tercero por cualquier causa, se extingue el legado y el legatario carece de todo

²⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 319.

²⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 198 y 199.

³⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 320.

³¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 182 a 186.

derecho para perseguir otra prestación del gravado o de la sucesión. Desde otro punto de vista, el hecho del tercero constituye siempre un caso fortuito para el asignatario gravado, sin que pueda alegarse el derecho subsidiario que confiere el art. 1677, toda vez que ninguna acción tendrá el gravado contra el tercero. Si la cosa perece por hecho o culpa del asignatario gravado cuando la cosa ya había sido adquirida, deberá indemnizar al legatario; y si perece por caso fortuito o fuerza mayor, se extinguirá su obligación sin ulterior responsabilidad.

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

Puede suceder, además, que la cosa legada que se ordena adquirir haya ingresado al patrimonio del legatario antes de la muerte del testador o después de su muerte sin intervención del asignatario gravado. En este supuesto, debe atenderse a si se adquirió la especie a título oneroso o gratuito. En el primer caso, se deberá el precio "equitativo" de la cosa. En el segundo caso, nada se deberá (art. 1106, 2º). Cabe advertir que, si la cosa se adquiere antes de la muerte del testador, podría pensarse que se trata de un legado de cosa propia. Mas ello no es así, por cuanto el momento a que debe atenderse para este efecto, es el momento en que se otorga testamento. Si en ese instante el legatario era dueño de la cosa legada, la asignación es nula (art. 1107).

La Corte Suprema ha resuelto que para que tenga aplicación el art. 1106, debe existir un asignatario especialmente gravado con la obligación de adquirir la cosa legada. Esta tesis parece errada a Rodríguez Grez: la ley habla de "asignatario a quien se impone esta obligación...". Por su parte, el art. 1360 expresa que "las cargas testamentarias (y ésta es una carga testamentaria) no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular". De lo cual se deduce que el asignatario gravado será el designado o los herederos que integren la sucesión. Agrega que más evidente resulta lo anterior si se examina el art. 1097, 2º, según el cual "los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas". Todo lo dicho, concluye el autor citado, revela que siempre habrá en la normativa legal un asignatario designado. Considera que la interpretación de la Corte Suprema desatiende el art. 22, que establece el elemento "sistemático", siendo la jurisprudencia criticada una expresión extrema de una exégesis superada. De allí que la orden dada por el testador pueda afectar al asignatario o asignatarios designados, al albacea, a la sucesión o al partidor.³²

Si la obligación se impone a dos o más asignatarios, la obligación es indivisible, en tanto se trate de adquirir la cosa ajena legada. Pero si sobreviene la imposibilidad de adquirirla (porque el dueño rehúsa enajenarla o cobra un precio excesivo), la obligación es simplemente conjunta y cada uno de los gravados estará obligado a la parte o cuota que le corresponda, sin que la cuota del insolvente grave a los demás. Lo propio acontecerá si el legatario adquiere la cosa a título oneroso y reclama el precio equitativo (tendría aplicación aquí el art. 1526, número 5).³³

A su vez, si el asignatario obligado a prestar (o sea, a pagar) el legado de cosa ajena adquiere el bien legado con posterioridad, es obligado a darlo al legatario, quien deberá restituir lo que haya recibido por equivalencia (art. 1109).

Finalmente, puede presentarse una última situación: que la cosa legada haya pasado antes de la muerte del testador al dominio de éste o del asignatario a quien se había impuesto el legado; en este evento, se deberá el legado (art. 1108).

³² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 185.

³³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 186.

3º El tercer caso en que el legado de cosa ajena vale en nuestra legislación se presenta en las asignaciones a título singular de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, pues este legado siempre se cumple, como lo vimos al citarlo como excepción en el legado de cuota, sea si el bien legado es adjudicado a los herederos del cónyuge causante o no (art. 1743). Podría considerarse que en este caso hay legado de cosa ajena, pues al momento de instituirse éste la especie legada pertenecía a la sociedad conyugal y no al cónyuge causante.

Cabe señalar que habrá legado de cosa ajena aún en el caso de que el testador fuere el marido, pues el art. 1743 alude a los dos cónyuges: "Si el marido o la mujer dispone...". En principio, podría estimarse que no sería legado de cosa ajena el instituido por el marido, pues a él se entiende que pertenecen los bienes de la sociedad conyugal, vigente ésta (art. 1750). Sin embargo, el art. 1743 no centra su mirada en el momento de testar, sino que en el momento de fallecer el testador. En este último momento, la cosa, que era social, se transformó en común.

n) Legado de crédito.

Art. 1127, 2º. La expresión título está utilizada aquí en el sentido de documento o instrumento justificativo del crédito. Por ejemplo, dice el testador que deja en legado tal pagaré: lo legado en este caso es el crédito mismo de que da fe el pagaré.

El legislador no ha resuelto la situación en que queda el deudor del crédito frente al legado de este hecho por el causante a otra persona, es decir, no ha dicho a quién deberá pagar el deudor del crédito legado. Es evidente que éste puede pagar al legatario, porque el legado de un crédito es un legado de especie o cuerpo cierto, y el legatario adquiere el legado por sucesión por causa de muerte desde el momento del fallecimiento del testador. Pero también podría pagarles a los herederos del causante acreedor, pues el deudor no tiene por qué conocer la existencia del testamento (se trataría del caso contemplado en el artículo 1576, en las reglas del pago, donde se alude al pago efectuado a un acreedor aparente). Claro que, si el deudor paga a los herederos, el legatario puede dirigirse en contra de ellos para que le entreguen el monto de lo pagado por el deudor.

Somarriva estima que la situación es distinta si se notifica al deudor la existencia del legado; en este caso, no hay inconveniente alguno para aplicar por analogía las reglas de la cesión de créditos, y concluir que el deudor tendría que pagar al legatario y no a los herederos.

En relación al legado de crédito, cabe señalar que tiene una forma especial de extinción: se entiende revocado tácitamente en caso de que el testador, con posterioridad al testamento, reciba el pago del crédito y sus intereses de parte del deudor. Si el pago es sólo parcial, subsiste el legado en la parte no pagada del crédito: art. 1127, inc. final.³⁴

Los herederos no responderán de la existencia del crédito ni de la solvencia del deudor, salvo que así lo haya ordenado el testador en forma expresa, cláusula que Rodríguez Grez estima perfectamente ajustada a derecho y que conlleva una carga a los demás asignatarios.³⁵

ñ) Legado de condonación.

³⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 320 y 321.

³⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 193 y 194.

Consiste en que el testador diga en su testamento que perdona o remite su obligación al deudor. Opera por tanto la remisión de la deuda, con la modalidad especial de que se hace a través de un testamento.

Este legado también tiene una forma especial de extinción: se entiende revocado tácitamente si el testador, con posterioridad al otorgamiento del testamento, demanda al deudor el pago de la deuda perdonada, o bien acepta el pago que se le ofrece, a menos que se pague sin consentimiento o conocimiento del testador, pues en este caso subsiste el legado. Art. 1129.

Finalmente, si se perdona a una persona lo que debe, sin determinar suma, sólo se comprende en la condonación las deudas existentes a la fecha del testamento. Art. 1130.³⁶

o) Legado de cosa empeñada hecho al deudor.

Es el caso de que el deudor, para garantizar el cumplimiento de una obligación contraída con el testador, le haya dado una garantía prendaria. Si el testador lega al deudor la cosa empeñada (en realidad, no puede legarle el dominio de la cosa, pues pertenece al deudor-legatario, sino que el legado consiste en ordenar el testador la devolución de la cosa prendada al deudor), el efecto de este legado es que se extingue la garantía, pero subsiste la deuda, a menos que aparezca claramente la voluntad del testador de extinguir ésta, en cuyo caso ella se entiende condonada. Art. 1128. Tal es la interpretación hecha por Somarriva.³⁷

Rodríguez Grez plantea algo similar: para él, el artículo 1128 se pone en el caso de que el testador legue al deudor el derecho de prenda. Este legado no extinguirá la deuda, sino sólo la caución prendaria, a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda.³⁸

p) Legado de confesión de deuda.

Respecto de las deudas confesadas por el testador en su testamento, hay que distinguir según si existe en ellas, por otra parte, un principio de prueba por escrito o no. Si no hay este principio de prueba por escrito, se entiende que existe lisa y llanamente un legado gratuito, y se aplican las reglas de los legados. En caso contrario, hay propiamente deuda confesada en el testamento.

Así lo dispone el art. 1133 y así lo había dicho también el art. 1062 respecto de las deudas confesadas a favor del notario ante el cual se otorga el testamento. Hay importantes diferencias en todo caso:

- El art. 1133 es de aplicación general, mientras que el art. 1062 se refiere solamente al caso de incapacidad del notario;
- Los efectos son distintos: respecto del notario, el legado será nulo por ser éste incapaz, mientras que la asimilación a los legados en el art. 1133 produce los efectos señalados en dicho precepto;
- Finalmente, el artículo 1133 exige un principio de prueba por escrito, mientras que el art. 1062 exige que el crédito conste por otro medio fuera del testamento, para que exista confesión de deuda y no legado.)

Siguiendo con el caso del art. 1133, para el presunto acreedor es de vital importancia determinar si la confesión de deuda va a consistir en una confesión de deuda propiamente tal o un legado, por las siguientes razones:

³⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 321 y 322.

³⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 322.

³⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 194.

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

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

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

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

5º En cuanto al momento en que uno y otro puede exigir el pago. El acreedor podrá hacerlo desde que la obligación se hizo exigible, lo que por cierto pudo ocurrir antes de la muerte del causante. El legatario, sólo podrá demandar su legado una vez fallecido el testador.

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

El art. 1132 completa estas disposiciones diciendo que si el testador manda pagar lo que cree deber y no debe, la orden se tendrá por no escrita. Y si manda pagar más de lo debido, no se deberá pagar el exceso, a menos que aparezca la intención de donarlo. En este caso, estamos ante un pago de lo no debido, y el art. 1132 no constituye sino una aplicación al testamento del art. 2299.³⁹

q) Legado hecho al acreedor.

Lo legado a un acreedor del testador no se entiende que sea a cuenta de la deuda, a menos que se exprese así o aparezca claramente la intención del testador de pagar la obligación con el legado. En este último caso, el acreedor puede elegir a su arbitrio:

- Entre exigir el pago de la deuda en los términos a que estaba obligado el testador; o
- En los términos expresados por éste al instituir el legado. Art. 1131.⁴⁰

Rodríguez Grez denomina a esta figura y a la que revisamos en la letra precedente como "legado de deuda", y cuestiona que se trate en realidad de verdaderos legados. En efecto, afirma que no se trata de una asignación testamentaria, toda vez que él tiene una causa distinta de la mera liberalidad. En verdad, este mal llamado legado no es más que un encargo que hace el testador para que se pague una deuda que gravita sobre su patrimonio y que afecta su derecho de prenda general. En consecuencia, al cumplirse la disposición testamentaria no se hace liberalidad alguna, sino, simplemente, se paga una deuda pendiente.⁴¹

r) Legado de pensiones alimenticias.

³⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 322 y 323.

⁴⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 323.

⁴¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 195 y 196.

Se refiere a esta materia el art. 1134. Debe tenerse presente que este precepto contempla únicamente las pensiones alimenticias voluntarias. No puede ser de otra manera, pues la situación de las pensiones alimenticias forzosas es diametralmente opuesta a la de las voluntarias. Aquéllas constituyen una asignación forzosa (art. 1167, número 1) y una baja general de la herencia, y, en consecuencia, se pagan antes de cumplirse las disposiciones del testamento (art. 959, número 4). El art. 1134 se refiere solamente a los alimentos voluntarios, los cuales constituyen un legado y se pagan con cargo a la parte de que el testador ha podido disponer libremente. A las asignaciones forzosas se refieren los arts. 1168 a 1171.

Respecto de las asignaciones alimenticias voluntarias:

1º Si son legadas sin determinar su forma y cuantía, se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrarlos al legatario;

2º A falta de esta determinación, se regularán tomando en consideración:

- La necesidad del legatario;
- Sus relaciones con el testador; y
- Las fuerzas del patrimonio en la parte de que el testador ha podido disponer libremente.

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

4º Finalmente, si se legare una pensión anual para la educación del legatario, durará hasta que cumpla 18 años, y cesará si muere antes de cumplir esa edad (la norma no guarda concordancia con lo establecido en el artículo 332, en el título de los alimentos, donde se puede extender la pensión hasta los 28 años).⁴²

Destaca Rodríguez Grez que una de las características que más llaman la atención en este legado consiste en que una vez establecida su cuantía, de acuerdo con las reglas dadas en los artículos 1134 y 1361, inciso 3º, del Código Civil, no podrá alterarse, cualesquiera que sena las variaciones que experimente la suerte del alimentario. En cambio, lo que caracteriza a las pensiones de alimentos forzosos es que la cosa juzgada que genera la determinación de su cuantía y procedencia es provisional (artículo 332 del Código Civil).⁴³

s) Legado de cosa futura.

Según vimos, el artículo 1113 permite el legado de cosa futura, con tal de que llegue a existir. Destaca Rodríguez Grez que se trata de un legado condicional, puesto que el testador no encarga la adquisición de la especie ni impone a sus herederos el deber de adquirirla. El legado, entonces, dependerá del hecho futuro e incierto de que el testador, entre el otorgamiento del testamento y la apertura de la sucesión, haya adquirido el bien legado o al menos una cuota en él.

Conviene tener presente dos cosas sobre este legado, agrega Rodríguez Grez: i) que la cosa sobre la cual recae no pertenezca al testador al tiempo de testar (lo que implica que intentará adquirirla en el futuro o espera que exista en el porvenir, como por ejemplo si lega un caballo, hijo de un reproductor que pertenece al testador); ii) si al morir el testador sólo deja una parte o cuota de la cosa legada a futuro, tiene plena aplicación el artículo 1110, y el legado recaerá sobre la parte o cuota que tiene en su patrimonio.

Respecto al problema relativo a cuánto tiempo debe esperarse para que la cosa llegue a existir, estima Rodríguez Grez que la respuesta es muy sencilla: el legado de

⁴² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 323 y 324.

⁴³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 200 y 201.

cosa futura supone que la cosa no exista en el patrimonio del testador al momento de testar y que ella exista en su patrimonio al momento de morir.⁴⁴

t) El prelegado.

Rodríguez Grez se refiere a esta figura, no regulada expresamente en nuestro Código Civil. Se presenta cuando el testador instituye legatario de especie o cuerpo cierto a un heredero. Vale decir, una misma persona, reúne al mismo tiempo la calidad de heredero y de legatario del causante. Pero, aunque el Código no se refiera explícitamente a la figura, tampoco se opone a ella, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1229: "Se puede aceptar una asignación y repudiar otra; pero no se podrá repudiar la asignación gravada, y aceptar las otras, a menos que se defiera separadamente por derecho de acrecimiento o de transmisión, o de substitución vulgar o fideicomisaria; o a menos que se haya concedido al asignatario la facultad de repudiarla separadamente." De esta forma, la delación del legado y de la herencia será diversa, pudiendo el asignatario múltiple aceptar una y repudiar la otra. De la misma manera, para adquirir el legado, el asignatario no requiere de posesión efectiva de la herencia, pudiendo reclamar la entrega de la especie o cuerpo cierto desde la apertura de la sucesión. Agrega Rodríguez Grez que el Código se referiría al prelegado, en el artículo 1198, al disponer: "Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora". De esta regla, concluye Rodríguez Grez, se deduce que también la institución del legado puede hacerse a un heredero voluntario –no legitimario–, siendo perfectamente compatible el doble llamamiento y pudiendo aceptarse ambas asignaciones o una sola de ellas. Esta situación incluso podría operar cuando el heredero-legatario es el único asignatario favorecido por el testamento, caso en el cual bien podría repudiar la herencia y aceptar sólo el legado (en cuyo caso, el legatario sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 1104), debiendo ser llamados entonces, a la parte repudiada, los herederos abintestato. Lo que no puede aceptarse, sin embargo, es un prelegado de género (salvo que se grave a un heredero o legatario con su pago, y el gravado acepte), porque el legatario de género adquiere un crédito contra los herederos, de modo que el heredero-legatario pasaría a ser deudor y acreedor de sí mismo.⁴⁵

u) El sublegado.

Esta figura, refiere Rodríguez Grez, se presenta cuando el testador impone a un legatario la obligación de pagar un legado a una tercera persona. En otras palabras, se trata de un legado impuesto al legatario. Aluden a esta figura los artículos 1360 y 1364 del Código Civil. Dispone el primero, en su inciso inicial: "Las cargas testamentarias no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a algunos de los herederos o legatarios en particular." Establece el segundo: "El legatario obligado a pagar un legado, lo será sólo hasta concurrencia del provecho que reporte de la sucesión; pero deberá hacer constar la cantidad en que el gravamen exceda al provecho". Nótese que consagra la ley, en este segundo precepto, una especie de beneficio de inventario. A juicio de Rodríguez Grez, en el supuesto analizado, surge una verdadera estipulación a favor de otro (artículo 1449 del Código Civil). En efecto, en este caso no hay relación alguna entre el testador y el beneficiado

⁴⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 190 y 191.

⁴⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 207 y 208.

con el sublegado. Por el hecho de la aceptación de la asignación, se creará la obligación del legatario para con el sublegatario. El estipulante sería el testador, el promitente sería el legatario directo y el beneficiario sería el sublegatario. El sublegado quedaría sujeto a dos requisitos: la muerte del testador y la aceptación del legatario. Concurriendo ambos presupuestos el sublegado se hará irrevocable. Los artículos 1367 y 1368, por su parte, dan reglas precisas para determinar la forma en que deben cumplirse los sublegados, cuando coexisten varios legatarios o cuando el derecho de uno es de naturaleza distinta del derecho del otro (cuando se asigna a uno el usufructo y a otro la nuda propiedad).⁴⁶

Nos parece discutible la conclusión del profesor Rodríguez Grez, en cuanto a que se trata de una figura de estipulación a favor de otro, pues el artículo 1449 deja en claro que ésta es una convención acordada entre el estipulante y el promitente, lo que ciertamente no acontece cuando estamos ante un testamento. Por ello, creemos que en este caso lo que hay es un legado gravado con una carga modal, consistente precisamente en transferir a un tercero una determinada cosa.

Respecto del artículo 1364 y del beneficio de inventario que ahí se consagra, Somarriva considera que igual solución opera, respecto de la responsabilidad del legatario por las deudas hereditarias.⁴⁷

v) Extinción de los legados.

Las asignaciones a título singular y en especial las de especie o cuerpo cierto, se extinguen de la siguiente manera:

1º Por la revocación del testamento en que se instituyó el legado.

Nos remitimos a lo expuesto a propósito de la revocación del testamento.⁴⁸

2º Existen además, según se estudió, casos de revocación tácita del legado:

i.- Por la enajenación de la cosa legada: art. 1135, inc. 2º. El legislador entiende que, si el testador enajena la especie legada, existe de su parte intención tácita de revocar el legado.

ii.- Por la alteración sustancial de la cosa legada mueble: art. 1135, inc. 4º. Se supone en este caso la intención de revocar tácitamente el legado.

iii.- Por cobrar o recibir el pago el testador, en el caso del legado de condonación de la deuda: art. 1129.

iv.- Por cobrar o recibir el pago el testador, en el caso del legado de un crédito: art. 1127.⁴⁹

3º Por la destrucción de la cosa legada: art. 1135, inc. 1º. Este modo de extinguirse el legado es aplicación de los principios generales sobre extinción de las obligaciones en caso de imposibilidad en su ejecución, por pérdida de la cosa debida.

w) Parte de la herencia con cargo a la cual se pagan los legados.

Los legados se pagan de la parte en que el testador ha podido disponer libremente. Para determinar dicha parte, es necesario distinguir:

1º Si el causante no deja herederos forzosos legitimarios, puede disponer libremente de la totalidad de sus bienes.

2º Si tiene herederos forzosos legitimarios, vale decir descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente (es decir, eventuales asignatarios de la cuarta de mejoras), sólo

⁴⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 208 y 209.

⁴⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., Tomo II, p. 671.

⁴⁸ Cfr. Nuestro apunte de "Sucesorio-3" en www.juanandresorrego.cl

⁴⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 324 y 325.

puede disponer a su arbitrio de la cuarta de libre disposición, pudiendo destinarla íntegramente a legados.⁵⁰

⁵⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 325 y 326.