

CUARTA PARTE: DE LAS DONACIONES REVOCABLES.¹

Sumario:

Introducción: donaciones revocables y donaciones irrevocables.

- 1.- Concepto de donación revocable.
- 2.- Requisitos de las donaciones revocables.
- 3.- Efectos de las donaciones revocables.
- 4.- Confirmación de la donación revocable.
- 5.- Extinción de las donaciones revocables.
- 6.- Las asignaciones forzosas priman sobre las donaciones revocables.

Introducción: donaciones revocables y donaciones irrevocables.

Las donaciones revocables o donaciones por causa de muerte son aquellas que pueden revocarse al arbitrio del donante; donaciones irrevocables o donaciones entre vivos son aquellas que no pueden ser dejadas sin efecto por la sola voluntad del donante.

La donación irrevocable es un contrato, un acto jurídico bilateral. Cabe preguntarse por qué razón el legislador reglamenta este contrato en el Libro de la sucesión por causa de muerte y no lo hace en el Libro IV, que se ocupa precisamente de los contratos y obligaciones. La razón es doble:

- 1º Una razón histórica, pues igual solución adoptó el Código Civil francés.
- 2º Porque la donación constituye, al igual que la sucesión por causa de muerte, un título gratuito.

La donación revocable, en cambio, constituye en el fondo un verdadero testamento y por ello se trata de la misma en el título IV del Libro III, denominado "De las asignaciones testamentarias".

Esta clase de donaciones carece de mayor aplicación práctica, pues si se quiere favorecer gratuitamente a otro, puede otorgarse testamento en su favor o efectuarle una donación irrevocable. Con todo, veremos que su importancia radica en el carácter de legado preferente que pueden llegar a tener, en ciertas circunstancias.

Conforme a lo expresado, se pueden destacar las siguientes diferencias entre ambas clases de donaciones:

- i.- Las donaciones irrevocables son actos jurídicos bilaterales y más específicamente contratos. Las donaciones revocables son actos jurídicos unilaterales.
- ii.- Las donaciones irrevocables producen sus efectos en vida del donante. Las donaciones revocables producen sus plenos efectos con la muerte del donante.
- iii.- Por regla general, como lo indica su nombre, la donación irrevocable no puede dejarse sin efecto por la sola voluntad del donante. En cambio, la donación revocable podrá dejarse sin efecto por el donante en cualquier tiempo.

1.- Concepto de donación revocable.

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

El art. 1136 señala que "Donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio. / Donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable; y donación entre vivos, lo mismo que donación irrevocable".

¹ Fecha de última modificación: 14 de diciembre de 2022.

2.- Requisitos de las donaciones revocables.

Cabe distinguir entre los requisitos externos o solemnidades y los internos.

a) Requisitos externos o solemnidades.

En conformidad al art. 1137, las donaciones revocables pueden otorgarse en dos formas: con las solemnidades del testamento o de las donaciones entre vivos.

1º Conforme a las solemnidades del testamento: art. 1137, inc. 1º, art. 1139, art. 1000.

2º Conforme a las solemnidades de las donaciones entre vivos: art. 1137, inc. 2º.

La forma en que se otorguen las donaciones revocables tiene importancia para los efectos de su confirmación: si se otorgan sujetándose a las formalidades del testamento, la donación queda confirmada *ipso iure* por el fallecimiento del causante, siempre que éste no haya revocado en vida la donación. Si la donación revocable se efectúa conforme a las reglas de la donación entre vivos y reservándose el donante la facultad de revocarla, para que ella quede a firme, será necesario que el causante en su testamento confirme la donación que hizo en vida.

- Donaciones entre cónyuges.

Varios preceptos del CC. niegan valor a las donaciones irrevocables entre cónyuges. Así, el art. 1137, inc. 2º, declara que no es necesario, para que subsista esta donación después de la muerte del donante, su confirmación en el testamento, y en el inciso final dispone que las donaciones no efectuadas por instrumento valen como donaciones entre vivos, menos entre cónyuges, en cuyo caso serán siempre revocables.

El art. 1138, por su parte, establece que las donaciones entre cónyuges valen siempre como revocables, aun cuando no concurren los requisitos señalados por el inciso 1º del precepto (capacidad de las partes). Y el art. 1000 declara que aunque revocables, las donaciones o promesas entre cónyuges pueden otorgarse en la forma de donaciones entre vivos.

De todos estos preceptos se infiere que los cónyuges no pueden pactar donaciones irrevocables. El legislador no ha dicho en un precepto especial si los contratos entre cónyuges valen o no. La doctrina concluye, en consecuencia, que los cónyuges pueden celebrar toda clase de contratos, salvo aquellos expresamente prohibidos por la ley, entre los cuales figuran las donaciones irrevocables. La ley prohíbe entre cónyuges estos contratos por dos razones:

i.- Porque son peligrosos para los terceros acreedores, sobre todo si los cónyuges están casados bajo régimen de sociedad conyugal. El marido podría burlarlos traspasando todo el patrimonio social por medio de donaciones irrevocables hechas a su mujer, eludiendo así las obligaciones contraídas con terceros.

ii.- Para resguardar los intereses de la mujer, evitando que el marido pueda inducirla a hacerle donaciones irrevocables.

b) Requisitos internos: capacidad del donante y del donatario.

Art. 1138, inc. 1º: "Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra."

Este precepto se ha prestado para dos interpretaciones. Para la mayoría en la doctrina, según el art. 1138 el donante debe tener una doble capacidad: para testar

y para donar entre vivos. El donatario, igualmente, debe reunir una doble capacidad: para recibir asignaciones testamentarias y donaciones entre vivos.

Somarriva cree que esta doctrina puede ser discutida por dos razones:

1º Porque al art. 1138 es posible darle otra interpretación, relacionándolo con el artículo anterior que distingue según si la donación revocable se otorga conforme a la regla de los testamentos o de las donaciones entre vivos. Y así, si la donación se hace de acuerdo con las reglas del testamento, el donante requiere capacidad para testar y el donatario para recibir asignaciones testamentarias; y si se efectúa de conformidad a las reglas de las donaciones irrevocables, el donante requiere capacidad para donar entre vivos y el donatario para adquirir donaciones entre vivos.

Siguiendo el planteamiento de Somarriva, piénsese por ejemplo en el caso del menor adulto, quien tiene capacidad de testar pero no para celebrar por sí solo el contrato de donación. Así, si la donación revocable está contenida en su testamento, sería válida; en cambio, si consta en un contrato de donación, sería nula.

Refrendando esta doctrina, cabe agregar, dice Somarriva, que sería hasta cierto punto absurdo afirmar la nulidad de las donaciones revocables de personas que no pueden testar y donar entre vivos, pues la capacidad requerida para hacer donaciones irrevocables es plena y absoluta. El donante debe tener la libre disposición de sus bienes, capacidad que lleva involucrada en exceso la capacidad para testar. Esto demostraría que si el legislador habla de capacidad para testar y para donar entre vivos, es porque se está refiriendo a las dos situaciones contempladas en el art. 1137. Sería inútil exigir la doble capacidad, dado que la capacidad para donar entre vivos supone la capacidad para testar.

Dicho de otro modo, entendemos que Somarriva sostiene que el artículo 1138 sólo tendría sentido si entendemos que apunta a dos situaciones, y en cada una de ellas, habrá que ver qué capacidad se requiere.

2º Existe además una razón de texto legal: la doctrina que pretende exigir ambas capacidades sería más valedera si la ley hubiere dicho: "persona que no puede testar **y** donar entre vivos", pero en cambio emplea una expresión disyuntiva, "o", lo que revelaría que diferencia claramente dos situaciones, en relación con la distinción hecha en el art. 1137.²

Rodríguez Grez comparte la tesis de Somarriva, que sustenta en tres argumentos:

i) Le parece especialmente atendible la circunstancia de que el art. 1138 se está refiriendo a lo dispuesto en el art. 1137, que hace un evidente distingo entre donaciones revocables que toman la forma de donaciones irrevocables, pero reservándose el donante la facultad de revocar, y donaciones revocables propiamente tales, que toman la forma de testamento; ii) Además, el modo como el art. 1138 se encuentra redactado es claro, ya que emplea la conjunción disyuntiva "o" para distinguir la facultad de testar y de donar entre vivos; y iii) Por otro lado, las donaciones revocables conducen a la institución de un legado o de una herencia, y ambas cosas pueden hacerse por medio de un testamento. No se advierte, entonces, por qué habrían de exigirse al donante de donación revocable más requisitos que al testador.³

Con todo, agrega Rodríguez Grez, tropezamos con una cuestión delicada que debe dilucidarse: si el donante de una donación revocable entrega la cosa donada, constituye un usufructo a favor del donatario, sin necesidad de que éste rinda caución de conservación y restitución (art. 1140, inc. 2º). Tal sería, por vía de ejemplo, la situación de un menor adulto, que no puede constituir un usufructo dada su

² Somarriva Undurraga, Manuel, "*Derecho Sucesorio*", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada, Tomo I, p. 330.

³ Rodríguez Grez, Pablo, "*Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil chileno*", Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 1995, Volumen 2, pp. 203 y 204.

incapacidad relativa. Ahora bien, ¿por la vía de una donación revocable contenida en su testamento, podría hacerlo? La cuestión planteada se resuelve haciendo un distingo entre el valor de la donación revocable y la entrega de la cosa donada, que pasaría a ser la tradición del derecho real de usufructo, para cuyo efecto, ciertamente, el menor adulto no tiene capacidad. Por consiguiente, para hacer donaciones revocables basta la capacidad para testar, pero para dar el usufructo de lo donado se requiere libre y plena capacidad de disposición. De esta manera, es posible armonizar ambos efectos: la validez de la donación revocable como tal y la constitución de un usufructo que se sigue de la entrega material de la cosa donada.⁴

3.- Efectos de las donaciones revocables.

Tratan de esta materia los arts. 1140 a 1142, disposiciones que distinguen, para estos efectos, entre las donaciones revocables a título singular y a título universal.

a) Donación revocable a título singular.

Esta donación constituye un legado anticipado, y se sujeta a las reglas de las asignaciones a título singular. Art. 1141, inc. 1º.

Agrega el inc. 2º que si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, la asignación a título singular pasa a ser una donación revocable. Tenemos entonces que la donación revocable a título singular constituye un legado, el que tiene sin embargo una particularidad: puede haber entrega en vida al donatario. Este, con la entrega, adquiere los derechos y contrae las obligaciones del usufructuario. Art. 1140, inc. 1º.

Constituye éste una especie de usufructo legal (art. 810). El donatario sin embargo, es al decir de Somarriva un usufructuario muy especial: tiene mucho de tenedor fiduciario. En efecto, en el usufructo ordinario el usufructuario goza de los bienes fructuarios por toda su vida o por el plazo indicado en el acto constitutivo del usufructo. En cambio, a este usufructo especial del art. 1140 puede ponerse término en cualquier momento por la revocación de la donación.

Cabe consignar que si bien el art. 1140 dice que por la donación revocable seguida de la "tradición", el donatario adquiere los derechos y obligaciones de usufructuario, debe entenderse que esta tradición sería tal en cuanto al derecho de usufructo mismo, pero no en lo referente al dominio de las especies donadas, el cual se adquirirá por sucesión por causa de muerte al fallecimiento del donante.

Otra diferencia con el usufructo ordinario, radica en que según el art. 1140, inc. 2º, el usufructuario no está obligado a rendir caución de conservación y restitución, a menos que el donante lo exija expresamente.⁵

Asimismo, el usufructuario tampoco está obligado a confeccionar inventario de los bienes que recibe en usufructo.

Recuérdese ("Sucesorio 1", primer acervo imaginario) que en opinión de Rodríguez Grez, si la donación revocable fuere hecha a un legitimario en razón de legítima y de mejora, y la cosa donada le fuere entregada en vida del donante, el donatario adquiere el dominio y no sólo el usufructo del bien en cuestión. Reiteraremos esta idea al tratar de las legítimas ("Sucesorio 7").

- Carácter de legados preferenciales.

⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 204.

⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 331 y 332.

Las donaciones revocables a título singular y los legados en que el testador ha entregado en vida las cosas donadas al donatario o legatario constituyen legados preferenciales. Esta es la importancia práctica de las donaciones revocables: art. 1141, inc. 3º. En efecto, existen legados comunes que no gozan de preferencia para su pago, y los hay a los cuales la ley les señala una causal de preferencia. Esto puede llegar a tener gran importancia, en el caso que no alcancen a ser pagados todos los legados, ya sea porque excedan la parte de libre disposición o no existan bienes suficientes para ello.

b) Donación revocable a título universal.

Según el art. 1142, la donación revocable de todos los bienes o de una cuota de ellos se mirará como una institución de heredero, que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante.

Sin embargo, si el donante de esta donación revocable a título universal entregó algunos bienes determinados al donatario universal en vida, acontece igual que en el caso anterior, o sea, el donatario tiene el carácter de usufructuario con las particularidades señaladas respecto de los bienes donados que le fueron entregados.

4.- Confirmación de la donación revocable.

Como lo hemos dicho, cabe distinguir según si la donación revocable fue otorgada en conformidad a las reglas de las donaciones entre vivos o de acuerdo con la de los testamentos.

Las donaciones revocables otorgadas en esta última forma, se confirman automáticamente y dan la propiedad del objeto donado por el mero hecho de fallecer el causante sin haber revocado la donación, y siempre que no haya sobrevenido al donatario alguna causal de incapacidad o indignidad bastante para invalidar una herencia o legado. Art. 1144.

Si la donación revocable se otorgó ciñéndose a las solemnidades de las donaciones entre vivos, al tenor del art. 1137, inc. 2º, debe confirmarse expresamente en el acto testamentario.

5.- Extinción de las donaciones revocables.

Se extinguen por las siguientes causales:

1º Por la revocación expresa o tácita del donante. Es esta la característica fundamental de estas donaciones. Art. 1145. La revocación será tácita, por ejemplo, si el donante enajena el objeto donado.

2º Por la muerte del donatario antes del donante. Las donaciones revocables constituyen en el fondo una asignación testamentaria, y en éstas es requisito esencial existir al fallecimiento del causante. Por eso, la premuerte del donatario respecto del donante, hace caducar la donación. Art. 1143.

3º Por el hecho de sobrevenirle al donatario alguna causal de incapacidad o indignidad. Art. 1144, a contrario sensu, por tratarse de una verdadera asignación por causa de muerte.

6.- Las asignaciones forzosas priman sobre las donaciones revocables.

Art. 1146. Ocurre que estas donaciones revocables pueden ir en menoscabo de las asignaciones forzosas, especialmente de las legítimas. Por ello, cuando estudiemos los acervos imaginarios, volveremos a ocuparnos de las donaciones revocables.

QUINTA PARTE: DEL ACRECIMIENTO Y LA SUSTITUCION.

Sumario:

ENUNCIACIÓN

CAPÍTULO I: EL DERECHO DE ACRECIMIENTO

- 1.- Concepto.
- 2.- Requisitos para que opere el acrecimiento.
- 3.- Características del acrecimiento.
- 4.- Efectos del acrecimiento.
- 5.- El acrecimiento en el usufructo.

CAPÍTULO II: LA SUSTITUCIÓN

- 1.- Concepto.
- 2.- Clases de sustitución.

CAPÍTULO III: CONCURRENCIA DE LOS DERECHOS ANTERIORES CON EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN Y DE TRANSMISIÓN

- 1.- Cómo concurre el derecho de transmisión con el de acrecimiento y sustitución.
- 2.- El derecho de representación y el de transmisión no concurren entre sí.
- 3.- Concurrencia de la representación con el acrecimiento y la sustitución.

- ENUNCIACION.

En la sucesión por causa de muerte se presentan cuatro derechos:

- 1º El derecho de transmisión. Art. 957.
- 2º El derecho de representación. Art. 984.
- 3º El derecho de acrecimiento.
- 4º El derecho de sustitución.

Los dos primeros derechos fueron estudiados, correspondiendo ahora que nos ocupemos de los dos últimos.

CAPITULO I: EL DERECHO DE ACRECIMIENTO.

1.- Concepto.

Está tratado en los arts. 1147 a 1155. En términos generales, podemos decir que el acrecimiento tiene lugar cuando falta un asignatario. Pero no siempre que falte un asignatario va a existir acrecimiento. La regla general es la contraria: la ausencia del asignatario que falta beneficia a aquellas personas a quienes perjudicaba la asignación, o bien a los herederos abintestato. Veamos ambos casos:

i.- Un ejemplo de la primera situación es el siguiente: el causante instituye a Pedro heredero de todos sus bienes, dejando a Juan un inmueble determinado. Si falta Juan - por ejemplo, por haber fallecido antes del testador-, el inmueble legado corresponde a Pedro, heredero universal, a quien dicho legado estaba perjudicando.

ii.- Un ejemplo de la segunda situación es el siguiente: el testador deja su herencia, en un tercio a cada uno, a los herederos A, B y C, y éste último resulta ser indigno de sucederlo. El tercio de la herencia perteneciente a ese asignatario de cuota va a los herederos abintestato, pues en esta parte el testamento no produce efectos por la indignidad de C, aplicándose por ende las reglas generales de la sucesión intestada. Art. 980. Aquí no hay acrecimiento.

Pero existen casos en que faltando el asignatario se presenta el derecho de acrecimiento, es decir, que la parte del asignatario que no concurre se junta, aumenta la de los otros asignatarios testamentarios. Ello va a ocurrir siempre y cuando

concurran los requisitos propios del acrecimiento, que analizaremos. Veamos dos ejemplos al respecto:

i.- El testador, sin designar cuota, deja todos sus bienes a Pedro, Juan y Diego, y éste ha fallecido con anterioridad al causante; su porción acrece a las de Pedro y Juan.

ii.- El testador deja como heredero universal a Lucía y en otra cláusula lega a Verónica y Marta un inmueble determinado, sin designarles cuota. Marta falta porque es incapaz de suceder; su parte acrece a Verónica, que lleva todo el inmueble legado.

En base a lo preceptuado en los arts. 1147 y 1148, puede definirse el derecho de acrecimiento en los siguientes términos: *es aquel derecho en virtud del cual existiendo dos o más asignatarios llamados a un mismo objeto sin determinación de cuota, la parte del asignatario que falta se junta, se agrega, aumenta la de los otros asignatarios.*

2.- Requisitos para que opere el acrecimiento.

2.1 Que se trate de una sucesión testamentaria.

Comprueban lo anterior, en primer lugar, la ubicación del párrafo octavo, que trata del derecho de acrecer en el título IV, de las asignaciones testamentarias, a continuación de los legados y de las donaciones revocables. Por otra parte, todo su articulado discurre sobre la base de que existe un testamento. Finalmente, el derecho de acrecimiento, como lo ha declarado un fallo, no es sino una interpretación de la voluntad del testador por parte del legislador.

2.2 Que existan dos o más asignatarios.

Es necesario que hayan dos o más asignatarios, pues si sólo hay uno y éste falta, la herencia no tendría a ningún asignatario a quien acrecer. En tal caso, la sucesión será intestada y se aplicarán las reglas estudiadas en los órdenes de sucesión.

2.3 Que los asignatarios sean llamados a un mismo objeto.

Así se desprende del art. 1147. En realidad, la expresión "objeto" está usada en el sentido de asignación, como lo ha reconocido por lo demás la jurisprudencia.

En este punto, hay que tener presente que el acrecimiento opera tanto en los legados como en las herencias. El derecho de acrecimiento se presenta tanto en las asignaciones a título universal como en las a título singular. Puede haber acrecimiento tanto en una herencia o legado. Así lo ha declarado también la jurisprudencia.

De esta manera, "un mismo objeto" podrá ser:

i.- Toda la herencia.

Por ejemplo, el causante instituye como sus herederos en toda su herencia, sin designarles cuota, a Pedro, Juan y Diego.

ii.- Una cuota de la herencia.

Por ejemplo, el causante instituye como sus herederas en la cuarta de libre disposición, sin designarles cuota dentro de dicha cuarta, a Verónica, Ema y Cecilia.

iii.- Uno o más bienes determinados.

Por ejemplo, el causante instituye legatarios en cierto inmueble, sin designarles cuota, a Pedro, Juan y Diego.

iv.- Una cuota en un bien determinado.

Por ejemplo, el causante instituye legatarias en el cincuenta por ciento de un inmueble, sin designarles cuota dentro de dicho porcentaje, a Verónica, Ema y Cecilia.

2.4 Que los asignatarios hayan sido llamados sin designación de cuota.

Es esta la exigencia característica y esencial del acrecimiento. Recordemos que la única diferencia fundamental entre los herederos universales y de cuota consiste en que los primeros tienen derecho a acrecimiento y los segundos no.

Existen dos casos en el Código Civil que suelen citarse como excepciones al principio de que el asignatario, para tener derecho a acrecer, no debe ser de cuota. Ambos casos están contemplados en el art. 1148 y en el fondo, no son excepciones.

Estos dos casos son el de los asignatarios llamados por iguales partes, y el de los llamados a una misma cuota, pero sin determinárseles la parte que van a llevar en dicha cuota.

a) Caso de los asignatarios llamados por iguales partes: art. 1148, inc. 2º. La diferencia entre estos asignatarios y los de cuota es muy sutil, lo cual al decir de Somarriva hace quizá injustificado que en un caso opere el acrecimiento y en el otro no.

Por ejemplo, dice el testador: dejo mis bienes por cuartas partes a Juan, José, Javier y Joaquín; en este caso, no hay lugar al acrecimiento. Pero si dice: dejo mis bienes en iguales partes a Juan, José, Javier y Joaquín, la ley dispone que hay acrecimiento. La diferencia entre un caso y el otro estriba únicamente en que en el primero la cuota está expresada en el testamento, y en el segundo no. El llamamiento no es el mismo, pero en definitiva ambas situaciones son exactamente iguales, y no se justifica la diferencia hecha por el legislador.

Se ha fallado incluso que si se deja una herencia por mitades a dos herederos hay acrecimiento, porque decir por mitades es lo mismo que por partes iguales. Otros fallos rechazan esta interpretación tan extrema, porque en verdad no hay mayor diferencia entre decir por iguales partes, o decir por mitades, pero no es menos cierto que el texto de la ley se opone a esta interpretación.⁶

b) Caso en que dos o más asignatarios son llamados a una misma cuota, pero sin determinárseles la parte que llevarán en dicha cuota. El art. 1148, en su inc. 1º parte final, dispone que habrá derecho a acrecer entre tales asignatarios.

El caso es el siguiente: el testador deja un tercio de sus bienes a A, otro tercio a B y el tercio restante a C y D. Entre estos últimos habrá derecho a acrecer, pues son llamados a un mismo objeto (un tercio de la herencia) sin designación de cuota. Ello, porque no se les determinó la porción que cada uno llevaría en la cuota. En cambio, de llegar a faltar A o B, su cuota beneficiará a los herederos abintestato.

Somarriva apunta que las dos situaciones revisadas son en realidad excepciones aparentes, pues en ninguno de dichos casos los asignatarios son llamados con designación de cuota, y por ello hay acrecimiento.⁷

- Los asignatarios conjuntos.

Respecto de estos asignatarios, la ley distingue tres clases de conjunción: la simplemente verbal o labial, la conjunción real y mixta.

a) Conjunción verbal o labial: en este caso, los asignatarios conjuntos son llamados en una misma cláusula testamentaria, pero a distintos objetos y por tanto, no hay acrecimiento.

b) Conjunción real: se refiere a ella el art. 1149 y se presenta cuando dos o más asignatarios son llamados a un mismo objeto en distintas cláusulas del testamento. En este caso opera el derecho de acrecimiento. El inciso final del precepto se pone en el caso de dos o más asignatarios llamados a un mismo objeto en actos testamentarios diversos. En este caso, no opera el derecho de acrecimiento, pues el inciso final del

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 339.

⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 340.

art. 1149 dispone que el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el posterior. Lo anterior, a menos que del tenor de uno y otro testamento, pueda desprenderse que la voluntad del testador es favorecer a los asignatarios llamados en ambos testamentos, entendiéndose que el segundo no revoca al primero, sino que lo complementa.

c) Conjunción mixta: lo es cuando ella es tanto verbal como real, o sea, los asignatarios son llamados a un mismo objeto y en una misma cláusula testamentaria. En tal evento, opera el derecho de acrecimiento.

- Formas en que pueden ser llamados los asignatarios conjuntos: conforme al art. 1150, el llamamiento de asignatarios conjuntos puede efectuarse sea mediante la expresión o conjunción copulativa "y" o bien denominando a los asignatarios como una persona colectiva (por ejemplo, dice el testador: dejo tal inmueble a los hijos de Pedro).

2.5 Que falte algún asignatario.

El Código Civil no señaló en las normas del acrecimiento cuándo se entiende faltar un asignatario conjunto. Frente al silencio del legislador, según Somarriva cabe aplicar por analogía el art. 1156, referido a la sustitución.⁸ Por lo tanto, faltaría el asignatario conjunto en los siguientes casos:

- a) Cuando el asignatario conjunto fallece antes que el testador.
- b) Cuando el asignatario conjunto sea incapaz o indigno de suceder.
- c) Cuando el asignatario repudia la asignación.
- d) Cuando siendo asignatario condicional, en el caso de la condición suspensiva, fallare la condición.

- Caso en que el fallecimiento del asignatario conjunto es posterior al del causante: en esta hipótesis, no hay lugar al acrecimiento, sino que opera el derecho de transmisión. En efecto, para que opere el acrecimiento es necesario que el asignatario conjunto haya fallecido con anterioridad al causante. Si muere una vez abierta la sucesión, opera el derecho de transmisión, contemplado en el art. 957. En efecto, el asignatario conjunto transmite a sus herederos la facultad de aceptar o repudiar la asignación: art. 1153.

- Concurrencia del derecho de acrecimiento con el de representación: en principio, no puede haber conflicto entre ambos derechos, porque el derecho de representación sólo opera en la sucesión intestada y el de acrecimiento únicamente en la sucesión testada. Pero sucede que el derecho de representación opera respecto de los legitimarios, pues éstos concurren, son representados y excluidos de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada (art. 1183). El problema consiste en determinar cuál derecho va a prevalecer en la mitad legitimaria, si el de representación o el de acrecimiento. Por ejemplo, la mitad legitimaria de la herencia corresponde a A, B y C, y éste último fallece antes que su padre dejando dos hijos, nietos del causante. Muerto el testador, ¿Qué sucederá con la porción de C? ¿Acrecerá a A y B o corresponderá a los hijos de C, en virtud de la ficción de la representación?

La respuesta la da el art. 1190; este precepto dispone que, si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por las causales allí indicadas "y no tiene descendencia con derecho a representarle", su porción acrece a la mitad legitimaria y se reparte entre los legitimarios existentes.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 342.

Quiere decir entonces que, en el ejemplo dado, no hay acrecimiento a favor de A y B, sino que la porción de C la llevan sus descendientes en virtud de la representación. Y la solución es perfectamente lógica y justa, pues en el caso propuesto jurídicamente no falta C, pues pasa a ser representado por sus hijos, en virtud de una ficción legal.

En conclusión, en la mitad legitimaria el derecho de representación prevalece por sobre el de acrecimiento.

2.6 Que el testador no haya designado un sustituto para el asignatario que falta.

Si el testador designó un sustituto, jurídicamente no falta el asignatario conjunto, porque es reemplazado por el sustituto. El art. 1163 declara expresamente que la sustitución excluye al acrecimiento.

2.7 Que el testador no haya prohibido expresamente el acrecimiento.

Es el último requisito para que opere el acrecimiento, y está contemplado en el art. 1155.

3.- Características del acrecimiento.

Es un derecho accesorio, renunciable y transferible.

a) El acrecimiento es un derecho accesorio.

De esta característica derivan dos consecuencias:

a.1) El asignatario, en conformidad al art. 1151, *no puede repudiar la propia asignación y aceptar la que se defiere por acrecimiento*. Y no es ello posible, pues la porción acrece a la porción, y si ésta falta, no tiene a qué acrecer (podría faltar la porción propia, por ejemplo, si hay un llamado condicional, y la condición no se ha cumplido por el asignatario).

Reza el art. 1151: "El asignatario podrá conservar su propia porción y repudiar la que se le defiere por acrecimiento; pero no podrá repudiar la primera y aceptar la segunda".

a.2) La segunda consecuencia que deriva del carácter accesorio del acrecimiento, del principio de que la porción acrece a la porción, está contemplada en el art. 1152, en concordancia con el art. 1068. Dispone este último precepto: "La asignación que por faltar el asignatario se transfiere a distinta persona, por acrecimiento, substitución u otra causa, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente. / La asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todas las personas sucesivamente llamadas a ella por el testamento o la ley, se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes".

De esta manera, la porción adquirida por acrecimiento lleva consigo *todos los gravámenes propios de dicha porción*, excepto aquellos que suponen una calidad o aptitud personal del asignatario que falta.

El precepto citado no hace sino aplicar la regla general del art. 1068. Los arts. 1151 y 1152 son una derivación de este precepto, ubicado en las reglas generales relativas a las asignaciones testamentarias.

b) El acrecimiento es un derecho renunciable

Si bien el asignatario conjunto no puede repudiar su propia asignación y llevar la que le es deferida por acrecimiento, nada impide la situación inversa: o sea, que el asignatario lleve su propia asignación y repudie la que le correspondería por acrecimiento. Así se desprende del citado art. 1151.

Lo anterior no es sino una aplicación del art. 12, y del art. 1068, inc. 1º y el principio en virtud del cual nadie puede ser obligado a adquirir algo sin mediar su voluntad.

c) El derecho de acrecimiento es transferible.

Recordemos que por la cesión de derechos hereditarios pasa al cesionario el derecho de acrecer que tenía el cedente, salvo estipulación en contrario. Dispone al respecto el art. 1910, inc. 3º: "Cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa".

4.- Efectos del acrecimiento.

El efecto fundamental ya lo hemos señalado: la porción del asignatario que falta, se junta o agrega a la de los otros, que así se aumentan.

El art. 1150, por su parte, señala que los coasignatarios conjuntos se mirarán como una sola persona, para concurrir con los otros coasignatarios, de manera que la persona colectiva formada por los primeros no se entenderá faltar, sino cuando todos éstos faltaren.

Ejemplos:

1º El testador deja un inmueble a A, B y C. Faltando cualquiera de ellos, su porción acrece a la porción de los otros dos.

2º El testador deja un tercio de sus bienes a A, otro tercio a B y el último tercio a C y D. Si faltaren A o B, no hay acrecimiento, porque son herederos de cuota, de manera que su porción pasa a los herederos abintestato del causante.

3º En el mismo ejemplo anterior, faltan C o D: su porción acrece a la porción del otro asignatario conjunto (o sea, a C o D, según cuál sobrevive al otro). Entre C y D hay acrecimiento, pues han sido llamados a una misma cuota, pero sin designárseles la parte que llevarán en ella (art. 1148).

4º Siguiendo con el mismo ejemplo, si faltaren C y D, sus porciones no acrecen a A y B, pues éstos han sido llamados con designación de cuota. Por ende, las porciones de C y D se la llevarán los herederos abintestato del causante.

5.- El acrecimiento en el usufructo.

El art. 1154 alude a tal derecho (y a otros), admitiendo el acrecimiento. Respecto del usufructo, el precepto no hace sino repetir lo dicho por el art. 780: que siendo dos o más los usufructuarios y salvo disposición expresa del constituyente, existe entre ellos derecho de acrecer y el usufructo dura hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios. Lo anterior implica por tanto que la consolidación con la nuda propiedad, sólo se produce cuando faltan todos los usufructuarios.

En este caso, como apunta Somarriva, no estamos ante un derecho de acrecimiento propiamente tal, pues éste supone que falte un asignatario al fallecimiento del causante, y en el caso aludido, cuando falleció el testador que instituyó el usufructo, no faltó ninguno de los asignatarios, es decir, de los usufructuarios. Todos ellos adquirieron su derecho y faltaron con posterioridad, por lo cual no cabe hablar propiamente de acrecimiento.⁹

CAPITULO II: LA SUSTITUCION.

1.- Concepto.

⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 346.

El cuarto derecho que opera en la sucesión por causa de muerte, está tratado en el párrafo 9º y final del título IV, de las asignaciones testamentarias, del Libro III.

La sustitución *supone que en el testamento se designe la persona que reemplazará al asignatario en caso de faltar éste, de modo que, si esto ocurre por cualquier causa, pasará a ocupar su lugar el sustituto establecido por el testador.*

2.- Clases de sustitución.

De conformidad al art. 1156, la sustitución puede ser de dos clases: vulgar y fideicomisaria.

La *sustitución vulgar* consiste en designar en el testamento la persona que va a reemplazar al asignatario en caso de que éste falte por cualquier causa legal. (art. 1156). Así, por ejemplo, el testador instituye como su heredera en la cuarta de libre disposición a Pilar, y para el caso de faltar ésta, instituye como heredero sustituto a José.

La *sustitución fideicomisaria* es aquella en que se llama a un fideicomisario que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona posea en propiedad fiduciaria (art. 1164). En este caso nos hallamos ante un fideicomiso y por ello el art. 1164, inc. final, establece que esta sustitución se rige por lo dispuesto en el título de la propiedad fiduciaria (arts. 733 a 763). Así, por ejemplo, el testador instituye como su legataria en determinado inmueble a Pilar, pero, instituye como legatario sustituto a José, si éste jura como abogado dentro del plazo de cinco años, contados desde el fallecimiento del causante.

La diferencia esencial entre una y otra sustitución, en lo tocante a sus efectos, es que la primera opera a la muerte del testador (cuando el primer asignatario falte), mientras que la segunda opera después de abierta de la sucesión, una vez que se cumpla la condición impuesta por el testador.

a) Sustitución vulgar.

a.1) Requisitos:

a.1.1. Que se trate de una sucesión testamentaria.

Al igual que en el acrecimiento, la sustitución sólo opera en la sucesión testamentaria; por la misma razón, está tratada entre las asignaciones testamentarias. Por lo demás, la sustitución, como lo veremos, supone una manifestación de voluntad de parte del testador, y la ley no la presume nunca.

a.1.2. Que la sustitución sea expresa.

Para que exista sustitución, es necesario que el testador la haya instituido expresamente; el sustituto debe estar designado en el testamento. El art. 1162 confirma lo anterior. Como consecuencia de lo aseverado, tampoco operará nunca la sustitución en la sucesión intestada.

En cuanto a las formas que puede adoptar la sustitución, debemos estar a los arts. 1158 y 1159.

En primer lugar, la sustitución puede ser directa o indirecta. En otras palabras, existen sustituciones de diversos grados, conforme al art. 1158, que dispone: "La sustitución puede ser de varios grados, como cuando se nombra un sustituto al asignatario directo, y otro al primer sustituto". Así, por ejemplo, el testador instituye como heredero en un tercio de la herencia a Pedro, y a falta de éste, como heredera sustituta, a Pamela, y a falta de ésta, a Beatriz.

A su vez, el art. 1159 establece que se puede sustituir "uno a muchos y muchos a uno". Así, por ejemplo, el testador instituye como herederos de la cuarta de libre disposición a Diego y Héctor, y a falta de ambos, como heredera sustituta a Ximena; o

el testador instituye como heredera en la cuarta de libre disposición a Ximena, y a falta de ésta, como herederos sustitutos, a todos los hijos de dicha asignataria.

a.1.3. Que falte el asignatario que va a ser sustituido.

El art. 1156, inc. 2º, enuncia los casos en que se entiende faltar un asignatario para los efectos de la sustitución. El precepto enumera dos casos en que se entiende faltar el asignatario: la repudiación y el fallecimiento y da una regla general: cualquiera otra causa que extinga su derecho eventual. Quedan incluidas en esta expresión: la incapacidad, la indignidad, el hecho de que la persona no sea cierta y determinada, el no cumplimiento de la condición suspensiva.

Se suele afirmar que ella comprende también el desheredamiento, pero en realidad no es así, según afirma Somarriva, pues el desheredamiento es propio de los legitimarios y tratándose de éstos si falta uno de ellos no hay sustitución sino representación, o si no la asignación pasa a pertenecer a los demás legitimarios (art. 1190).¹⁰

Finalmente, el art. 1157 se pone en el caso de que el testador hubiere designado al sustituto para el evento de que faltara el asignatario por un motivo determinado, y dispone que la sustitución se entenderá hecha para cualquier otro (motivo) en que éste llegue a faltar, salvo si el testador ha manifestado su voluntad expresa en contrario.

Por ejemplo, dice el testador: dejo tal inmueble a A, y si al momento de mi muerte A hubiere fallecido, el inmueble pasará a B. Ocurre que, al fallecer el testador, A vivía, pero repudia el legado. En conformidad al art. citado, la sustitución de todas formas opera, y B llevará el inmueble.

a.2) Situación cuando el asignatario fallece después del testador.

No hay lugar a la sustitución, pues opera el derecho de transmisión. Al igual que en el acrecimiento, el caso en el cual la falta del asignatario se debe a su fallecimiento, la sustitución no tiene lugar. La sustitución sólo tiene lugar cuando este fallecimiento sea anterior al del causante. Si el fallecimiento del heredero o legatario es posterior al del testador, ya no falta el asignatario, pues entra a actuar el derecho de transmisión. Por lo tanto, los herederos del transmitente o transmisor pasan a ocupar el lugar de éste y pueden aceptar o repudiar la asignación.

En efecto, el art. 1163 dispone expresamente que el derecho de transmisión excluye al de sustitución; recordemos que a su vez el art. 1153 dispone lo mismo, respecto del derecho de acrecimiento.

El orden entonces es el siguiente, de acuerdo al art. 1163:

1º El derecho de transmisión excluye tanto al de sustitución como al de acrecimiento.

2º El derecho de sustitución excluye al de acrecimiento.

3º Sólo hay derecho a acrecimiento, cuando nadie puede invocar derecho de transmisión o de sustitución.

a.3) Concurrencia del derecho de representación con la sustitución.

Como vimos a propósito del acrecimiento, en principio no hay posibilidad de colisión entre el derecho de representación y el de sustitución, pues el primero opera en la sucesión intestada y el segundo en la testada.

La dificultad sólo puede presentarse en la mitad legitimaria y en ésta debemos concluir que la representación excluye a la sustitución. Por ejemplo: dejo la mitad legitimaria a mis hijos A y B, y si falta B, instituyo heredero a mi hermano Z. Esta sustitución no tendrá efecto, pues si falta B, entran a representarlo aquellos que dispone la ley, caso en el cuál el asignatario en realidad no ha faltado; y si no hay representantes de B, dicha legítima será del hijo A, porque Z no es legitimario.

¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 349.

b) La sustitución fideicomisaria.

- El CC. da algunas normas especiales respecto de esta clase de sustitución:
- i.- En primer lugar, el art. 1165 reitera la norma del art. 745, en cuanto se prohíben los fideicomisos sucesivos.
 - ii.- En segundo lugar, el art. 1166 deja en claro que la sustitución fideicomisaria no se presume, de modo que en caso de duda, la sustitución ha de entenderse vulgar.

CAPITULO III: CONCURRENCIA DE LOS DERECHOS ANTERIORES CON EL DERECHO DE REPRESENTACION Y DE TRANSMISION.

Hemos señalado que cuatro son los derechos que pueden concurrir en una sucesión: transmisión, representación, acrecimiento y sustitución.

Haremos una síntesis de la forma en que concurren y son excluidos; en otras palabras, determinaremos cuándo se aplica uno y cuándo otro.

1.- Cómo concurre el derecho de transmisión con el de acrecimiento y sustitución.

Puede presentarse conflicto entre el derecho de transmisión y el acrecimiento y la sustitución, pues el primero se aplica tanto a la sucesión abintestato como a la testamentaria, y el acrecimiento y la sustitución tienen su campo de acción en esta última. Quiere decir entonces que todos estos derechos tienen un sector de aplicación común: la sucesión testada. En ella, en un momento dado, pueden jugar estos tres derechos.

Como vimos al tratar de la sustitución, la ley ha solucionado expresamente toda posibilidad de conflicto en los arts. 1153 y 1163. En conformidad a estos preceptos, la transmisión excluye a la sustitución y al acrecimiento, y la sustitución prima sobre el acrecimiento.

El derecho de transmisión excluye al acrecimiento y la sustitución, porque estos últimos suponen que falte el asignatario antes del fallecimiento del causante. Si el asignatario fallece con posterioridad ya no faltó, y si muere sin alcanzar a pronunciarse respecto de la asignación, transmite a sus herederos la facultad de aceptarla o repudiarla.

A su vez, la sustitución excluye al acrecimiento, porque jurídicamente si el testador designa un sustituto, ya no falta el asignatario, pues aquél pasa a ocupar su lugar.

2.- El derecho de representación y el de transmisión no concurren entre sí.

Respecto a tales derechos, si bien tienen un campo de aplicación común (la sucesión intestada), no hay posibilidad alguna de colisión. En efecto:

1º Para que opere el derecho de transmisión es necesario que el asignatario fallezca con posterioridad al causante, sin alcanzar a pronunciarse respecto de la asignación deferida, en cuyo caso transmite a sus herederos la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado. En cambio, en el derecho de representación, el fallecimiento del representado debe haberse producido con anterioridad al del causante. Vemos en consecuencia que en el caso de fallecimiento, no hay colisión posible.

2º Tampoco la hay en caso de que el asignatario falte por otro motivo, pues la transmisión opera sólo en caso de fallecimiento: art. 957. En cambio, el derecho de

representación sí opera en otros casos, además del fallecimiento (repudiación, incapacidad, indignidad o desheredamiento)

3.- Concurrencia de la representación con el acrecimiento y la sustitución.

Nos atenemos a lo señalado cuando tratamos de la sustitución: el problema en principio no se presenta, salvo en la mitad legitimaria, y en ella, prima el derecho de representación.

SEXTA PARTE: LA SUCESION FORZOSA.

Sumario:

- 1.- Concepto y regulación.
- 2.- Características de las asignaciones forzosas.
- 3.- Cuáles son las asignaciones forzosas.
- 4.- De los alimentos como asignación forzosa.
 - 4.1. Consideraciones generales.
 - 4.2. Requisitos de esta asignación.
 - 4.3. Forma en que se paga esta asignación.
 - 4.4. Rebaja de la asignación.
 - 4.5. Responsabilidad del asignatario de alimentos forzosos.
 - 4.6. Asignación a título singular.
 - 4.7. Asignación de alimentos forzosos cuantiosos.
 - 4.8. ¿Son siempre los alimentos forzosos una deducción previa o baja general de la herencia?

1.- Concepto y regulación.

La legislación chilena, al margen de la sucesión testamentaria y de la intestada, contempla la llamada sucesión forzosa. Suele ella presentarse como una especie dentro del género de la sucesión abintestato, relación que para Rodríguez Grez no parece apropiada. Es cierto que los sucesores forzosos están establecidos en la ley, al igual que los sucesores abintestato, pero los primeros se imponen por sobre la voluntad del causante (incluso, contra su voluntad), mientras que los segundos se imponen sólo en ausencia de voluntad del causante.

Las asignaciones forzosas "son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas". Art. 1167.

Las asignaciones forzosas se regulan en el Título V del Libro III, arts. 1167 a 1211 El título se divide en los siguientes párrafos: 1º "De las asignaciones alimenticias que se deben a ciertas personas", arts. 1168 a 1171; 2º "De la porción conyugal" (derogado); 3º "De las legítimas y mejoras", arts. 1181 a 1206; 4º "De los desheredamientos", arts. 1207 a 1211.

2.- Características de las asignaciones forzosas.

- a) Las dos primeras asignaciones (alimentos y legítimas) no son hechas por el causante, sino por la ley.
- b) Prevalecen sobre las disposiciones testamentarias: si el testador dispone de sus bienes y vulnera las asignaciones forzosas, la ley establece mecanismos para reformar el testamento (arts. 996 y 1216 a 1220).

- c) Demuestran que la facultad del testador para disponer de sus bienes es limitada y que está condicionada por la presencia de los asignatarios forzosos.
- d) Están protegidas por diversos medios legales: teoría de los acervos, acción de inoficiosa donación, las imputaciones que se ordenan para su pago, acción de reforma de testamento, al ser causado el desheredamiento, etc.
- e) Limitan las facultades del testador, en cuanto a la posibilidad de imponer su pago: así, por ejemplo, excepcionalmente una asignación alimenticia puede imponerse a un determinado asignatario testamentario (artículo 1168).
- f) Operan tanto en la sucesión intestada como en la testada: lo anterior, por cuanto no cubren todo el patrimonio del causante. Por la misma razón, una sucesión puede regirse por las normas de la sucesión testamentaria, abintestato, mixta, forzosa y semiforzosa.
- g) En ellas, la voluntad del causante no tiene influencia alguna: nos referimos a las asignaciones “propiamente” forzosas. La voluntad del causante está en esta materia subordinada a la ley, salvo las escasas excepciones que estudiaremos.
- h) Para el cálculo de alguna de ellas, la ley dispone un procedimiento de reconstitución del patrimonio del causante, llegándose incluso a dejar sin efecto actos de disposición que puedan afectar la cuantía de tales asignaciones (primero y segundo acervo imaginario).
- i) Tratándose de estas asignaciones, la ley no distingue ni el origen de los bienes del causante, ni el sexo de la persona llamada ni su primogenitura.
- j) Los beneficiados con estas asignaciones, pueden perderlas por indignidad y desheredamiento.

3.- Cuáles son las asignaciones forzosas.

Nuestro Código Civil, en consecuencia, limitó la libre disponibilidad de los bienes del causante, en función de ciertos asignatarios que no pueden ser preteridos sin una justificación legal.

Las asignaciones forzosas son, según el art. 1167 del Código Civil:

- a) Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas.
- b) Las legítimas.
- c) La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge o conviviente civil sobreviviente.

Para Rodríguez Grez, las asignaciones forzosas propiamente tales son las dos primeras. El art. 1167 lo establece en forma expresa, agregando como asignación forzosa, la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge. A juicio de Rodríguez Grez, esta no es propiamente una asignación forzosa, pues supone un acto de disposición del testador. Señala este autor que, si bien es efectivo que si no existe tal acto de disposición del testador, la cuarta de mejoras acrece a la mitad legitimaria, ello no es razón suficiente para considerarla una asignación que obligadamente debe hacer el causante. Por ello, tal autor la denomina **asignación semiforzosa**, porque existe a su respecto una limitada capacidad de disposición de parte del causante, quien puede distribuirla libremente, pero sólo entre aquellas personas indicadas en la ley.¹¹

4.- De los alimentos como asignación forzosa.

4.1. Consideraciones generales.

¹¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., volumen 1, p. 273.

El derecho de alimentos tiene el doble carácter de asistencial y subsidiario. Es por lo tanto una prestación destinada a solventar la vida de una persona ligada al alimentante, que carece de lo indispensable para su congrua sustentación. Para la ley, los alimentos han de ser congruos, debemos atender a la posición social del alimentario, de manera que lo habiliten para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social (art. 323).

El art. 334 consagra el carácter de derecho personalísimo de los alimentos: no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. Pero la obligación de pagar los alimentos futuros se transmite a los herederos mediante una asignación forzosa instituida en los arts. 1167 número 1 y 1168.

Establece el art. 1168 que los alimentos que el causante debía por ley, gravan la masa hereditaria, salvo que dicha obligación hubiera sido encomendada por el testador a uno o algunos asignatarios.

Sobre esta materia, señala Barros Errázuriz, "Como a la fecha de la muerte del testador (causante, en realidad) existe ya la obligación alimenticia que constituye la asignación forzosa, es fácil separar de la masa una sumaalzada que reditúe lo correspondiente a la pensión alimenticia, y de esa manera se cumple con la disposición legal que ordena deducir previamente esta clase de asignaciones".¹²

Acerca de esta asignación forzosa, se han planteado dos interrogantes:

i.- ¿Estos alimentos se refieren a las pensiones ya devengadas a la muerte del causante, o más bien se trata de las pensiones alimenticias que se devenguen después de la muerte de aquél?

En efecto, hay quienes han sostenido que esta asignación tiene por objeto hacer frente a las pensiones alimenticias que el causante debía en vida al alimentario, y que por lo tanto, ella tiene por objeto solucionar una deuda hereditaria, ya que el derecho de alimentos se extinguiría con la muerte de la persona obligada a prestarlos.

Sin embargo, veremos que la posición mayoritaria es la segunda: no se trata de las pensiones atrasadas e impagas al fallecer el causante, sino de aquellas que se devenguen en el futuro.

ii.- Si se concluye que se trata de pensiones alimenticias que se devengarán después de la muerte del causante, ¿la obligación que pesaba sobre el causante de pagar estas pensiones alimenticias se transmite a sus herederos, o sólo se trata de una baja general?

Aquí, la mayoría de la doctrina, y también de la jurisprudencia, concluye que la obligación no se transmite a los herederos.

Tal parece desprenderse de los planteamientos de Manuel Somarriva, cuando afirma que en principio la obligación alimenticia en los alimentos forzosos es intransmisible; no pasa a los herederos porque constituye una baja general de la herencia y la excepción se presenta cuando el testador dispone lo contrario, es decir, cuando imponga a uno o más herederos la obligación de pagar esta asignación forzosa¹³.

En el mismo sentido, Fabián Elorriaga de Bonis, quien afirma que al establecer el artículo 1168 que los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas gravan la masa hereditaria, demuestra ello que la obligación alimenticia es intransmisible, dado que ella no pasa a los herederos del *de cuius*, sino que la obligación grava la masa hereditaria. Sin embargo, como advierte Elorriaga, pueden darse aquí dos situaciones diferentes: por una parte, es posible que existan pensiones alimenticias ya devengadas pero no pagadas a la fecha de la muerte del causante,

¹² Barros Errázuriz, Alfredo, "Curso de Derecho Civil. Tercer año", Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, año 1914, pág. 147.

¹³ Somarriva Undurraga, Manuel, "Derecho Sucesorio", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada, p. 363.

hipótesis en la cual dichos alimentos gravan el acervo ilíquido pero no por ser alimentos que se deban por ley, sino por ser una deuda hereditaria (dicho de otra forma: se imputan al número 2 y no al número 4 del artículo 959 del Código Civil); por otra parte, puede ocurrir que el causante haya impuesto la obligación de pagar los alimentos a uno o más de los partícipes de la sucesión, caso en el cual, excepcionalmente y por haberlo así dispuesto el testador, la obligación alimenticia pasa a los herederos especialmente gravados y no grava la totalidad de la herencia.¹⁴

Ramos Pazos, por su parte, también estima que la obligación alimenticia es intransmisibile, señalando para así concluir las siguientes razones:

1º El tenor del art. 959, N° 4;

2º Porque si esta obligación tuviera el carácter de transmisible no se justificaría el número 4 del art, 959 y habría bastado con el N° 2 de la misma disposición, referido a las deudas hereditarias;

3º Porque la obligación de alimentos se funda en el parentesco, matrimonio, adopción o en una donación, vínculos que siempre generan obligaciones intransmisibles; y

4º Considerando la historia fidedigna de la ley, pues el art. 371 del Proyecto de 1853 establecía que la obligación de prestar alimentos se transmitía a los herederos y legatarios del que debía prestarlos, disposición que fue suprimida por la Comisión Revisora.

El mismo Ramos Pazos consigna los argumentos de la tesis contraria, esto es, aquella que sostiene que la obligación alimenticia sí es transmisible, y que propone Carlos Aguirre Varas:

1º La regla general es que todas las obligaciones sean transmisibles, debiendo existir texto expreso que indique lo contrario;

2º Los herederos representan al causante (art. 1097), por lo que sus obligaciones deben ser cumplidas por aquellos;

3º El art. 332 establece que los alimentos que se debe por ley se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, mientras continúan las circunstancias que legitimaron la demanda. Por ende, a pesar de la muerte del alimentante, la obligación subsiste mientras viva el alimentario y se mantengan las condiciones bajo las cuales se otorgaron.¹⁵

Daniel Juricic Cerda, por su parte, señala que la obligación alimentaria no se transmite a los herederos del alimentante, salvo que éste, en su testamento, haya dispuesto lo contrario (artículo 1168). Esta es la única explicación posible –agrega Juricic- si se toma en cuenta que la obligación de pagar alimentos es una baja general de la herencia (artículo 959 número 4) y una asignación forzosa (art. 1167, inciso 2º, N° 1).¹⁶

En la misma línea, Maricruz Gómez de la Torre Vargas estima que “Otra característica de la obligación alimenticia es su intransmisibilidad. Si fallece el alimentante, la obligación alimenticia no pasa a los herederos, pero se hace exigible sobre el patrimonio del causante como baja general de la herencia (art. 959, N° 4 del Código Civil). En el caso que el testador haya dispuesto que uno de los herederos pague alimentos, será una deuda hereditaria.”¹⁷

Para Rodríguez Grez¹⁸, la opinión acerca de no ser transmisible la obligación alimenticia contraviene el espíritu y la letra de la ley. En efecto, señala este autor, las

¹⁴ Elorriaga De Bonis, Fabián, “*Derecho Sucesorio*”, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, año 2005, pp. 381 y 382.

¹⁵ Ramos Pazos, René, “*Derecho de Familia*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, tercera edición actualizada, Tomo II, pp. 506 y 507.

¹⁶ Juricic Cerda, Daniel, “*La relación jurídica alimentaria*”, apunte proporcionado en Diplomado “*Derecho de Familia con mención en Mediación*”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, año 2005, p. 30.

¹⁷ Gómez de la Torres Vargas, Maricruz, “*El sistema filiativo chileno*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, p. 199.

¹⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., Volumen 1, p. 274.

pensiones alimenticias devengadas en vida del causante y no solucionadas por éste, son deudas hereditarias que deberán deducirse del acervo ilíquido (art. 959, N° 2). Estas deudas gravan, por lo mismo, tal acervo ilíquido y no la masa hereditaria (que es aquella que se forma después de deducir las bajas mencionadas en los números 1 y 2 del artículo 959). Resulta, por otro lado, impensable que quien pueda reclamar en vida una pensión alimenticia (y la ha reclamado) pierda su derecho a percibirla, no obstante el hecho que los herederos son los continuadores de la personalidad del causante (art. 1097), y como tales, titulares de sus derechos y obligaciones. Finalmente, el carácter asistencial de los alimentos y su hondo contenido social, descartan la posibilidad de que esta obligación se extinga con la muerte de la persona obligada a prestar los alimentos. De lo dicho se sigue entonces, para este autor, que los alimentos forzosos, en cuanto asignación por causa de muerte, son futuros. Las deudas que el causante haya tenido en vida en pensiones devengadas, son deudas hereditarias que tienen una preferencia absoluta para su pago.

Nosotros también estimamos que se trata de una obligación transmisible, pudiendo darse tres situaciones:

1° Que el causante nada haya dicho acerca de los alimentos que debía, de manera que todos los herederos responderán, a prorrata de sus cuotas en la herencia, aplicándose por ende el art. 1354 del Código Civil, que dispone que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

2° Que el causante imponga la obligación de pagar los alimentos a un asignatario o algunos asignatarios (pero sin que al hacerlo, grave sus legítimas o la asignación de cuarta de mejoras, o sea, debiera dejarle a ese o esos asignatarios gravados toda o parte de la cuarta de libre disposición; excepcionalmente, podría gravarse la cuarta de mejoras, pero siempre y cuando el alimentario hubiere sido un asignatario potencial de dicha cuarta), y el alimentario les exija el pago a tal o tales asignatarios, quedando los demás integrantes de la sucesión exonerados de responsabilidad por este concepto.

3° Que el causante imponga la obligación de pagar los alimentos a un asignatario o algunos asignatarios, pero el alimentario opte por demandar a otros herederos, por su cuota, caso en el cual, si éstos pagaren, podrán repetir en contra de los primeros.

Meza Barros, en fin, después de aludir a las dos posibilidades que pueden darse –baja general que pesa sobre toda la herencia o una obligación impuesta a determinados partícipes en la sucesión–, concluye que la obligación de dar alimentos “En este sentido, es transmisible y deben contribuir a satisfacerla todos los partícipes en la sucesión del deudor o bien uno o más de ellos.”¹⁹

En cuanto al derecho comparado, hay soluciones en uno u otro sentido, aunque prevalecen aquellas que consagran la intransmisibilidad de la obligación. Así, por ejemplo, entre los códigos que concluyen que no hay transmisión de la obligación alimenticia, el Código Civil español (art. 150: “La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme”); el Código Civil paraguayo (art. 263: “Cesará la obligación de prestar alimentos: c) Por la muerte del obligado o del alimentista”);²⁰ el Código de Familia boliviano (art. 26: “Cesa la obligación de asistencia: (...) 5°: Cuando fallece el obligado o el beneficiario; pero en este caso la obligación subsiste para las pensiones devengadas; y si el fallecido fuese el beneficiario, la obligación se extiende a los gastos funerarios, siempre que no puedan cubrirse de otra manera.”); el Código Civil peruano (art. 486: “Extinción de alimentos: la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 728°). En caso de muerte del alimentista, sus herederos están obligados a pagar los gastos

¹⁹ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, segunda edición, Tomo II, p. 707.

²⁰ Código Civil Paraguayo y Leyes Complementarias. Con las modificaciones vigentes realizadas por Miguel Ángel Pangrazio. Colección Legislación Paraguaya. Intercontinental Editorial. Asunción, Paraguay, 2002.

funerarios.”);²¹ el Código Civil venezolano (art. 298: “La muerte de quien tiene derecho a alimentos o de quien deba suministrarlos hace cesar los efectos de los convenios y de las sentencias que así lo dispongan”).²² Otros, por el contrario, consagran expresamente la transmisión de la aludida obligación, como en el caso del Código Civil brasileño (art. 1700: “La obligación de prestar alimentos se transmite a los herederos del deudor, en la forma del artículo 1694”). Este último precepto, dispone a su vez: “Pueden los parientes, los cónyuges o compañeros pedir unos a otros los alimentos de que necesiten para vivir de modo compatible con su condición social, inclusive para atender las necesidades de su educación. / 1º Los alimentos deben ser fijados en proporción de las necesidades del reclamante y de los recursos de la persona obligada. / 2º Los alimentos serán apenas los indispensables para la subsistencia, cuando la situación de necesidad resultare de culpa de quien los demanda.”²³

Como puede apreciarse, esta asignación ha sido objeto de arduas discusiones en la doctrina chilena, particularmente en lo que se refiere a si la obligación de alimentos se transmite con la muerte del alimentante o si se extingue, de la misma manera que ocurre si muriese el titular del derecho de alimentos (hipótesis ésta última en la que nadie discute la extinción del derecho, habida cuenta de su carácter personalísimo). Las dudas en cuanto a la transmisibilidad (opinión de la minoría) o de la intransmisibilidad (opinión de la mayoría) de la obligación alimenticia, surgen por la doble naturaleza que el Código Civil atribuye a los alimentos que el causante pagaba a su muerte a quienes por ley tenían derecho a obtenerlos: baja general de la herencia (art. 959, N° 4) y asignación forzosa (art. 1167, N° 1). Las opiniones podrían resumirse de la siguiente manera: 1. Para algunos (los menos), la obligación alimenticia se transmite, pues tal es la regla general a la muerte del causante, y la ley no señaló expresamente su intransmisibilidad. Muerto el alimentante, la obligación se radicará en los herederos que acepten la herencia, entendiéndose que no se trata de pagar sólo pensiones atrasadas, es decir devengadas a la muerte del causante pero que no estaban solucionadas (pues éstas pensiones corresponderían a una deuda hereditaria, a la que alude el Código Civil en el art. 959, N° 2, mientras que los alimentos se encuentran señalados en el N° 4 del mismo precepto), sino que las pensiones que tengan la calidad de futuras, en relación al momento en que se produjo la muerte del causante.

2. Para otros, la ley sólo quiso referirse a las pensiones alimenticias que a la muerte del alimentante se encontraban devengadas pero no pagadas, y no a pensiones futuras, habida cuenta que la obligación alimenticia no se transmite a los herederos del obligado. La principal refutación a esta doctrina, es la enunciada, en cuanto a que el art. 959 alude en numerales distintos a las deudas hereditarias y a los alimentos que el causante debía por ley a ciertas personas.

3. Una tercera doctrina, que ha prevalecido en las Cortes, entiende que no obstante ser intransmisible la obligación alimenticia, el Código alude a pensiones futuras y no atrasadas. En tal sentido, son los bienes del causante, y no los bienes de sus herederos, los que han de soportar el pago futuro de las pensiones, de manera que habría que apartar un capital de la sucesión o destinar algunos bienes hereditarios que puedan generar frutos, para responder de la obligación mientras ésta subsista.

También hay opiniones discrepantes en cuanto a entender cuál debía ser el presupuesto para concluir que los alimentos efectivamente “se debían” por el causante. Parece razonable sostener que debió existir una sentencia o transacción aprobada por un tribunal, o al menos una demanda interpuesta en contra del causante

²¹ Código Civil. Manual de Legislación Peruana. Lima, A.F.A., Editores Importadores S.A., edición 2005-2006.

²² Código Civil de Venezuela. Caracas, Editorial Buchivacoa, año 2006.

²³ Código Civil (de Brasil). Colección de Leyes Rideel 2008, Editora Rideel, actualizado al 9 de enero de 2008, Sao Paulo.

y notificada a éste antes de su fallecimiento. Más dudoso es el caso en que el futuro causante pagaba una pensión alimenticia en forma voluntaria a una persona que habría tenido derecho a demandarlo (lo que por ejemplo acepta Manuel Somarriva Undurraga y rechaza Pablo Rodríguez Grez), pues en esta hipótesis, si bien quien recibía los alimentos era una de aquellas personas que tenía título legal para reclamarlos, la procedencia de la pensión y especialmente su cuantía, no fue objeto de ponderación y decisión judicial. Finalmente, parece ser inconcuso que no sería razonable admitir que una persona que no había demandado al causante (aunque la ley le otorgaba derecho para hacerlo) y que tampoco recibía una pensión voluntaria, pueda exigir los alimentos a sus herederos. Ello, porque carece de título en contra de los herederos (así, por ejemplo, si bien un hermano del causante lo pudo demandar, carece de título en contra de sus sobrinos, al tenor del art. 321 del Código Civil) y porque implicaría instaurar la más completa incertidumbre acerca de la composición del activo y particularmente del pasivo de la sucesión. Sería equivalente a admitir una baja general y asignación forzosa "sobreviniente", y no coetánea a la muerte del *de cuius*.

Somarriva, refiriéndose al mismo problema, señala que el alcance de la expresión "alimentos que se deben por ley a ciertas personas", puede descomponerse en cuatro situaciones, tres de las cuales no merecerían dudas y sí la cuarta:²⁴

1º *Caso en que el causante fue condenado por sentencia ejecutoriada a pagar alimentos.*

Es evidente que se deben por ley aquellos alimentos. Ejemplo: el causante estaba condenado a pagar una pensión alimenticia de \$400.000.- mensuales a su hermano y al fallecimiento del causante continuaba vigente el derecho. Se separan entonces de la masa de bienes capitales que produzcan esa renta para pagar al hermano.

2º *Caso en que el causante estaba pagando en forma voluntaria los alimentos, sin haber sido condenado por sentencia judicial a hacerlo.* También es indiscutible que si el causante, en forma voluntaria, estaba dando alimentos a la persona que por ley tenía derecho a exigirlos, estos alimentos constituyen una asignación forzosa. Así lo ha reconocido la jurisprudencia. Veremos que Rodríguez Grez discrepa de Somarriva en este punto.

3º *Caso en que el causante fue demandado en vida por la persona que tenía derecho a pedirle alimentos, pero la sentencia queda ejecutoriada sólo una vez fallecido el causante.* La jurisprudencia ha declarado igualmente que nos hallamos ante una asignación forzosa. Indica Somarriva que este caso es menos claro que el anterior, pero igualmente indiscutible, porque las sentencias son meramente declarativas de derechos y, en consecuencia, el derecho a los alimentos existía con anterioridad; por tanto, estos alimentos los debía por ley el causante y constituyen una asignación forzosa.

4º *Caso en que una persona, teniendo título legal para exigir alimentos del causante, no los recibía ni los había demandado.* El problema que se plantea es determinar si estas personas pueden demandar a los herederos por dicha pensión alimenticia, o, dicho de otra manera, si estos alimentos constituyen también una asignación forzosa o no.

Hay quienes afirman que aun en este caso los alimentos se han debido por ley y, en consecuencia, estamos en presencia de una asignación forzosa. Se interpreta así la expresión "alimentos que se deben por ley" en la forma más amplia. Quienes así piensan, se basan en el texto mismo de la ley, que no hace distinciones de ninguna especie al respecto.

²⁴ Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., Tomo II, pp. 363 a 365.

Sobre este punto, recuerda Somarriva que la jurisprudencia fue vacilante en un comienzo, pero que ha tendido a uniformarse en el sentido de rechazar una interpretación tan amplia de esta asignación forzosa.

En realidad, apunta el autor indicado, esta interpretación tan amplia traería consigo enormes dificultades prácticas; en efecto, resultaría que nunca los herederos podrían estar completamente a salvo de las personas que, teniendo título legal para demandar alimentos, no lo habían hecho valer en vida del causante, quienes en cualquier momento podrían hacer efectiva su asignación forzosa. Los herederos tendrían que esperar los plazos de prescripción para quedar libres de toda obligación, y aún más, de continuar la situación de indigencia del presunto asignatario, ella nunca prescribiría. Por esto, Somarriva considera acertada la opinión de nuestros tribunales de rechazar tan amplia interpretación de las asignaciones alimenticias forzosas.

4.2. Requisitos de esta asignación.

Señala Rodríguez Grez que, para ser titular de una asignación de alimentos forzosos, es necesario:²⁵

a) *Que se trate de aquellas personas que tienen derecho a cobrarlos conforme a la ley.*

Ellas están enumeradas en el art. 321, que por lo demás no es taxativo. Los alimentos, para devenir en asignación forzosa, deben prestarse a aquellas personas a quienes la ley les confiere el derecho de cobrarlos. De lo anterior resulta que quedan excluidos los alimentos voluntarios que en vida pueda haber concedido el causante.

b) *Que los alimentos estén fijados por sentencia judicial, transacción aprobada por tribunal competente o que al menos hayan sido demandados en vida del causante.*

Recordemos que Somarriva incluye además aquellos que se pagaban voluntariamente. Discrepa Rodríguez Grez, teniendo en consideración que si la obligación no estaba judicialmente reconocida ni había sido al menos demandada, no hay certeza en cuanto a la existencia del derecho y mucho menos en cuanto a la tasación de los alimentos. Agrega que, en el caso en análisis, se trata de un pago voluntario que puede corresponder a una obligación civil perfecta o a una mera liberalidad del alimentante. Ahora bien, los asignatarios forzosos de alimentos no arrancan su derecho de la aceptación, liberalidad o disposición del causante, sino de una pretensión reconocida y determinada en su cuantía por un órgano jurisdiccional competente. De aceptarse la opinión sustentada por Somarriva, se da al causante la facultad, de la cual sin duda carece, de delimitar y aun instituir una asignación forzosa, lo cual es contrario a la ley. Por otra parte, no puede olvidarse que el derecho de alimentos no está sólo representado por la titularidad, que arranca de la ley, sino de una situación de hecho, todo lo cual, debidamente ponderado por el juez competente, configura su existencia y cuantía.

De lo expuesto, Rodríguez Grez concluye que sólo existen alimentos como asignación forzosa en tres casos:

i.- Cuando se han fijado por sentencia judicial.

ii.- Cuando se han establecido por medio de una transacción aprobada judicialmente (art. 2451).

iii.- Cuando se han demandado en vida del causante, ya que, en tal caso, los alimentos se deben desde la primera demanda (art. 331), operando la sentencia que los establece con efecto retroactivo.

²⁵ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 275 a 279.

c) *Que no varíen las condiciones que legitimaron la demanda o la transacción judicial aprobada.*

Los alimentos se deben mientras subsistan las condiciones que legitimaron la demanda o transacción que los fijaron. El art. 332 establece que la fijación de los alimentos es provisional. Por lo tanto, la asignación forzosa puede perder tal calidad.

d) *Que el titular no sea asignatario forzoso del causante o no reciba una asignación testamentaria o abintestato en la sucesión.*

Los alimentos forzosos, en cuanto asignación forzosa, son incompatibles con otras asignaciones forzosas, o total o parcialmente incompatibles con otras asignaciones testamentarias o abintestato.

Si la ley otorga al alimentario otra asignación forzosa, ello implica que llevará parte del patrimonio o masa de bienes que sirve de antecedente para la fijación o cuantificación de este derecho. Así, por ejemplo, si un ascendiente es llamado a una legítima rigurosa, este solo hecho hace desaparecer su derecho de alimentos, puesto que, con relación a la masa hereditaria, este heredero no carece de bienes para subsistir. Desaparece el derecho de alimentos, pues desaparece el presupuesto de todo alimentario: carecer de bienes suficientes para una congrua sustentación.

Por lo tanto, en el ejemplo, podría el ascendiente renunciar a su legítima, optando por el derecho de alimentos que en vida le pagaba el causante, en razón de una sentencia o una transacción, pero lo que no puede ocurrir es que el ascendiente pretenda llevar ambas asignaciones, puesto que entre ambas hay una oposición absoluta.

La incompatibilidad también puede presentarse con una asignación testamentaria, ya que la razón invocada subsiste en esta. Lo mismo ocurrirá tratándose de una asignación intestada. En todos estos casos, podrá optarse por la asignación testamentaria o abintestato o la asignación de alimentos forzosos. Conviene precisar que una asignación testamentaria o intestada podría rebajar los alimentos forzosos sin extinguirlos, si ella fuere muy reducida atendidas las necesidades del alimentario. En este último caso es admisible, por excepción, que atendida la cuantía de las asignaciones testamentarias o intestadas, subsista la asignación de alimentos forzosos disminuidos.

e) *Que el asignatario no haya incurrido en la causal de injuria atroz respecto del causante.*

Dicho de otro modo: puede haber incurrido en cualquier causal de indignidad, salvo las contempladas en el art. 968.

El art. 324, inc. 1º, dispone que cesará el derecho de alimentos en caso de injuria atroz, salvo que la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante, pues en tal caso el juez podrá moderar el rigor de la ley. Por su parte, el art. 979 establece que aún mediando incapacidad o indignidad hay derecho a alimentos, excepto tratándose de los casos del art. 968.

Se deduce de lo anterior que quien incurre en una causal de indignidad de aquellas establecidas en el art. 968 no sólo se hace indigno de suceder al causante, sino que además, pierde su derecho de alimentos.

¿Qué ocurre si el asignatario de alimentos forzosos incurre en otra causal de indignidad declarada judicialmente a instancia de cualquiera de los interesados en su exclusión de la sucesión? Al tenor del nuevo art. 324, no cabe sino concluir que no se pierde el derecho de alimentos.

La conclusión anterior se refuerza por lo prescrito en el art. 1210, en relación a los efectos del desheredamiento, los que no se extienden a los alimentos, salvo en los casos de injuria atroz.

f) *Que el asignatario exista, no sólo al momento de la apertura de la sucesión, sino durante todo el tiempo en que se devenguen las pensiones periódicas.*

Muerto el asignatario, se extingue el derecho irremisiblemente, porque se trata de una asignación personalísima.

4.3. Forma en que se paga esta asignación.

Puede pagarse de dos maneras:

- a) Por la sucesión, afectando a la masa hereditaria.
- b) Por uno o más partícipes de la sucesión, escogidos por el causante.

a) *Por la sucesión, afectando a la masa hereditaria.*

En este caso, los alimentos forzosos son una deducción previa del acervo ilíquido, en conformidad a lo preceptuado en el art. 959 número 4. En consecuencia, ellos tienen una preferencia importante para su pago, puesto que deberán rebajarse de la masa de bienes una vez pagados los gastos anexos a la apertura de la sucesión y las deudas que el causante dejó en vida. Pero este beneficio lleva consigo una carga, ya que el asignatario, como más adelante veremos, no aprovechará de la reconstrucción del patrimonio del causante, lo que ocurre mediante la constitución de los acervos imaginarios. Dichos acervos se forman a partir del acervo ilíquido y para formar éste, es necesario, previamente, pagar la asignación de alimentos forzosos.

La sucesión, en el juicio particional respectivo o de común acuerdo, podrá optar (art. 333 del Código Civil en relación con el art. 9 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias) entre:

- i.- Disponer que los alimentos se conviertan en los intereses de un capital que para estos efectos se consignará en un establecimiento bancario; o
- ii.- Constituir un usufructo en favor del alimentario, o un derecho de uso o habitación, etc.

Con todo, si el alimentario no consiente en que se le pague con otra prestación equivalente (como podría serlo con un usufructo), la pensión deberá pagarse en dinero efectivo.

b) *Por uno o más partícipes de la sucesión, escogidos por el causante.*

En este caso, el asignatario tendrá un crédito directo en contra de los asignatarios gravados, siendo esta obligación, para algunos autores, inoponible a los demás herederos. Así parece desprenderse del art. 1168.

Sin embargo, puede suceder que los asignatarios gravados (que no podrán ser asignatarios de legítima rigorosa, ya que ésta no admite condición, plazo, modo o gravamen alguno: art. 1192) repudien la asignación gravada. En tal caso, será deferida a los sustitutos, y si ellos también repudian, se presenta un problema interesante: ¿Tiene aplicación en este caso el art. 1068, inc. 2º, conforme al cual la asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todas las personas sucesivamente llamadas a ella por testamento o por ley, se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubiere constituido el gravamen? Rodríguez Grez estima que es plenamente aplicable esta norma, pero señala que, si el asignatario forzoso la repudia, la obligación pesará, por último, sobre la sucesión, toda vez que el gravamen

impuesto por el testador quedará sin efecto, y la asignación subsistirá siempre, dado su carácter forzoso.²⁶

4.4. Rebaja de la asignación.

Los alimentos forzosos pueden ser rebajados en cualquier época después de la muerte del causante. Los arts. 330 y 332, inc. 1º, lo permiten tratándose de pensiones alimenticias fijadas por el juez (por ello, se habla de "cosa juzgada provisional"). El art. 1170 permite por su parte que esta asignación sea rebajada si ella parece desproporcionada a las fuerzas del patrimonio. Rodríguez Grez cree en consecuencia que esta asignación puede rebajarse en cualquier tiempo, sea por exceder las fuerzas del patrimonio, sea porque han variado las circunstancias que legitimaron la demanda.

En cuanto a quién es el llamado a rebajar los alimentos, por cualquiera de las dos causales, dicha materia es de competencia exclusiva de los jueces de los tribunales de familia (art. 8, N° 4 de la Ley N° 19.968), nunca del partidor: art. 1330, asigna competencia a la justicia ordinaria para resolver las controversias sobre derechos a la sucesión

Todo lo cual no impide a que la rebaja sea convenida entre el asignatario y los demás herederos y aprobada judicialmente, para cumplir con el art. 2451, relativo a la transacción sobre alimentos futuros.²⁷

Así como la ley se puso en el caso de disponer la rebaja de la pensión de alimentos, cabe preguntarse si es posible que el alimentario demande el aumento de la pensión. Nada dijo el Código al respecto. Una sentencia de la Corte Suprema (en fallo dividido) de fecha 27 de enero de 2011, autos Rol N° 6.424-2010, concluye en términos negativos para el alimentario, sobre la base de encontrarnos ante una obligación que no se transmitió a los herederos del alimentante. Señala esta sentencia que, para aumentar el monto de la pensión, sería necesario que viviere el alimentante y se litigare en su contra. De esta forma, se desprende de esta sentencia que la pensión podrá ser rebajada (lo que está fuera de discusión, por disponerlo así el artículo 1170), pero nunca aumentada.

El voto de minoría plantea en lo esencial:

- i) La intransmisibilidad de la obligación alimenticia no constituye impedimento para que la demanda pueda dirigirse en contra de los integrantes de la comunidad hereditaria, pues al fallecimiento del causante, dicha obligación pasó a tener el carácter de una baja general de la herencia y al no haberse impuesto el pago a uno o más partícipes de la sucesión, grava la masa hereditaria como baja general de la herencia;
- ii) En virtud de lo dispuesto en los artículos 323 y 332 del Código Civil, los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda y deben habilitarlo para subsistir modestamente de acuerdo a su posición social, lo que incluye la obligación de proporcionar la enseñanza de una profesión u oficio. Por ende, las pensiones alimenticias son siempre susceptibles de ser revisadas, variando las circunstancias que justificaron su regulación;
- iii) No existe inconveniente legal para que el alimentario pueda dirigirse en contra de los herederos del causante, a fin de obtener un aumento de las pensiones de alimentos futuras que como asignación forzosa gravan la masa hereditaria, si han variado las circunstancias que determinaron su monto primitivo, cuando, como sucede en este caso, con ello no se pretende hacer efectiva la obligación alimenticia en el patrimonio personal de ninguno de los demandados, sino en el del causante;

²⁶ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 279 a 281.

²⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 281.

iv) Confirma esta interpretación lo dispuesto en el artículo 1170 del Código Civil, conforme al cual las asignaciones alimenticias forzosas no se ven afectadas por las deudas o cargas que gravan el patrimonio del difunto, pero sí pueden rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo. Siendo así, es claro que la ley no ha exigido que los alimentos fijados en vida del causante deban permanecer inmutables en el futuro, ni ha establecido excepción a las reglas generales que permiten ajustar su monto a las circunstancias del caso. De lo contrario, tampoco podría aceptarse que los herederos demandaran la disminución de los alimentos o su cesación, por haber mejorado la fortuna del asignatario o concurrir otra causa legal.

4.5. Responsabilidad del asignatario de alimentos forzosos.

Dispone el art. 1170 que los asignatarios de alimentos forzosos no estarán obligados a devolución alguna en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del causante. Lo anterior se explica dado el carácter de derecho asistencial de los alimentos, sin perjuicio de que se rebajen, si la asignación parece desproporcionada a las fuerzas del patrimonio.

La regla anterior debemos considerarla en relación con el art. 959. Las deudas hereditarias se pagan antes que los alimentos forzosos. Pero estos gravan también el acervo ilíquido, de modo que son equivalentes a las deudas hereditarias. Si llega a omitirse el pago de algunas deudas hereditarias, este déficit no autoriza para demandar la restitución de los alimentos pagados, aunque sí para rebajarlos, en su caso.

El art. 1363 parece decir otra cosa. En efecto, al establecer la responsabilidad de los legatarios (obligación de contribución al pago de las legítimas, de las asignaciones con cargo a la cuarta de mejoras o de las deudas hereditarias), se distingue entre legados exonerados por el testador, de obras pías o de beneficencia pública y "alimenticios a que el testador es obligado por ley". En este último caso, se señala que "no entrarán a contribución sino después de todos los otros". Pero en realidad no hay contradicción alguna: la contribución a que se refiere la indicada disposición, consiste no en la devolución de las pensiones pagadas, sino en la rebaja de los alimentos futuros, como consecuencia de que ellos aparecen desproporcionados a las fuerzas del patrimonio hereditario.²⁸

4.6. Naturaleza jurídica de los alimentos: ¿Asignación a título singular?

Esta asignación es, sin duda, afirma Rodríguez Grez, una asignación a título singular y la única entre esta clase de asignaciones, impuesta por la ley.

Varias razones se indican para llegar a esta conclusión:²⁹

a) Es indudable que el asignatario de alimentos forzosos no sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una parte o cuota de ellos, como señala el art. 951, inc. 2º. Este asignatario sucede al causante en una o más especies indeterminadas de cierto género (pensiones que se pagan en dinero o en especie, según acuerden todos los interesados en la sucesión). Por esta causa, no representa al causante ni es continuador de su personalidad.

b) La responsabilidad del heredero es ilimitada, pero a prorrata de su participación en la herencia. En este caso, el asignatario de alimentos forzosos no tiene responsabilidad alguna por las deudas hereditarias o testamentarias del causante, pudiendo sufrir sólo

²⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 282.

²⁹ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 282 y 283.

la rebaja de su asignación si los alimentos parecen desproporcionados a las fuerzas del patrimonio.

c) La ley, cuando trata de pensiones alimenticias voluntarias, entiende que ellas son legados: art. 1134. Siendo la naturaleza de la asignación la misma, así se trate de alimentos voluntarios o forzosos, resulta indiscutible que siempre las asignaciones alimenticias serán legados y no herencias.

d) El art. 1363 alude expresamente a "los legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley". La ley entonces, en forma clara y explícita se refiere a los alimentos forzosos como legados y no como herencias.

e) Por último, la inestabilidad de esta asignación, que puede rebajarse a partir de la apertura de la sucesión y durante todo el período en que ella debe pagarse, se aviene mucho más con un legado que con una asignación a título universal. Ello, porque eventualmente, algunos legados sólo podrían pagarse en parte o simplemente no pagarse, conforme a las normas de los acervos imaginarios.

Es erróneo por tanto sostener que la ley no instituye legados: así ocurre tratándose de los alimentos que el causante debe por ley a ciertas personas.

Otra opinión tiene Somarriva. Para él, el artículo 1363 comete una inexactitud de lenguaje al hablar de "legados" estrictamente alimenticios que el testador debe por ley, pues los alimentos debidos por mandato legal no constituyen un legado, sino que una asignación forzosa, y en conformidad al artículo 959, una baja general de la herencia.³⁰

4.7. Asignación de alimentos forzosos cuantiosos.

Puede suceder que el causante, en su testamento, haga una asignación de alimentos forzosos que excedan los que según la sentencia o la transacción debe pagar al alimentado.

Ello redundará en perjuicio de los demás asignatarios forzosos que verían disminuida su participación en la herencia.

La ley previó este caso en el art. 1171, inc. 2º: el exceso se imputará a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Rodríguez Grez cree que esta situación sólo puede producirse si el causante, en su testamento, dispone pagar alimentos en favor de alguna de las personas a que por ley se le deben, superiores a lo establecido en la respectiva sentencia o transacción. En este caso, el exceso corresponderá a alimentos voluntarios, regidos por los arts. 1134, 1171, inc. 1º y 1363.³¹

4.8. ¿Son siempre los alimentos forzosos una deducción previa o baja general de la herencia?

Es este el punto más controvertido en el estudio de esta asignación forzosa.

Si el causante impone por testamento la obligación de prestar alimentos a uno o más partícipes de la sucesión, se presenta el problema de saber si esta disposición testamentaria es oponible al asignatario o éste puede exigirlos a la sucesión toda.

En principio, de acuerdo al tenor del art. 1168, parecería que el alimentado sólo podrá exigir el pago a los asignatarios gravados. Sin embargo, esta posibilidad se

³⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., Tomo II; p. 672.

³¹ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 283 y 284.

prestaría para burlar al alimentario, ya que imponer la obligación a un sucesor insolvente tornaría ilusorio el derecho.

Manuel Somarriva sostiene que sólo constituyen una baja general de la herencia (regla general) cuando el causante no ha impuesto la obligación a uno o más partícipes de la sucesión.³² Para Alfredo Barros Errázuriz y Claro Solar, esta asignación siempre es una baja general de la herencia.

A juicio de Rodríguez Grez, la disposición testamentaria que impone la obligación de prestar alimentos a uno o más partícipes en la herencia, es inoponible al asignatario. Ello, porque se trata de una obligación que se transmite a la sucesión y que deben enfrentar los herederos como continuadores del difunto. Si el asignatario acepta que la asignación sea de cargo de uno o más partícipes de la herencia, se exonerarán de esta obligación los demás herederos. Pero si el asignatario no lo acepta, todos los partícipes de la herencia seguirán ligados a la obligación. Para llegar a esta conclusión, el autor citado tiene en consideración:

- a) Que la obligación alimenticia pesaba sobre el causante en vida;
- b) Que las asignaciones forzosas no las hace el causante sino la ley, estando éste obligado a respetarlas;
- c) No existe inconveniente alguno en que el causante imponga a un asignatario testamentario una carga o gravamen, pero ello no puede lesionar el derecho de un asignatario forzoso. De ahí que este gravamen tenga pleno valor entre los sucesores, pero no puede imponerse al alimentario.³³

³² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., Tomo II; p. 363.

³³ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 284 y 285.