

5.- De las legítimas.¹

5.1. Consideraciones iniciales.

Son, sin lugar a duda, las asignaciones preferentes y privilegiadas en el sistema sucesorio chileno. Son la asignación forzosa más importante y de mayor aplicación práctica. Como tales, las legítimas deben ser respetadas por el testador y si no lo hace, sus legitimarios podrán intentar la acción de reforma del testamento.

Debemos tener presente que no son términos sinónimos el de legitimario y el de asignatario forzoso. El primero es una especie del segundo.²

5.2. Concepto de legítima.

El art. 1181 define las legítimas como “aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”.

Agrega la ley, quizá innecesariamente, que los legitimarios son herederos. Decimos que quizá innecesariamente, pues como a los legitimarios les corresponde *una cuota* de los bienes del difunto y no bienes determinados de éste, aplicando la regla general del art. 951 se llegaría a idéntica conclusión.

Lo anterior permite hacer concluir a Somarriva, que los términos heredero forzoso y legitimario, son sinónimos.³

La definición, entonces, contiene dos elementos que sirven para caracterizar la legítima:

i.- Se trata de una cuota de los bienes de un difunto, y por consiguiente, como lo hemos dicho, el titular de la asignación es heredero en conformidad al art. 951.

ii.- Los asignatarios son ciertas personas llamadas legitimarios y que están señaladas en forma expresa en la ley.⁴

Pero la legítima es, ante todo, una asignación forzosa de que no puede ser privado el legitimario, a menos que, por causas legales, haya sido *desheredado*, es decir, excluido de la sucesión por el propio causante mediante una cláusula testamentaria (y probado el hecho en que se funda), o por la declaración de *indignidad* a requerimiento de cualquier persona interesada en la exclusión del legitimario. De ahí que se haya dicho que “la indignidad es un desheredamiento legal y el desheredamiento una indignidad testamentaria”.⁵

5.3. Enumeración de los legitimarios.

El art. 1182 establece quienes son legitimarios:

- a) Los hijos, personalmente o representados por su descendencia.
- b) Los ascendientes.
- c) El cónyuge o conviviente civil sobreviviente.

A los señalados en el art. 1182, debemos agregar el conviviente civil sobreviviente, de conformidad a lo previsto en el inc. 1º del art. 16 de la Ley N° 20.830, que citamos en el estudio de la sucesión abintestato, y que ahora reiteramos: “Cada conviviente civil será heredero intestado y *legitimario* del otro y concurrirá en la

¹ Fecha de última modificación: 3 de enero de 2024.

² Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, séptima edición actualizada, pp. 367 y 368.

³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 368.

⁴ Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Volumen 1, p. 328.

⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 328.

sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente”.

a) Los hijos.

Se incluyen en esta denominación todos los hijos de filiación determinada, sea ésta matrimonial o no matrimonial.

La ley no hace diferencia alguna entre todos ellos (art. 33 del Código Civil).

Los hijos pueden ser llamados *personalmente* (en cuyo caso heredarán por cabeza), o *representados por su descendencia* (en cuyo caso heredarán por estirpe). Se aplica entonces, el *derecho de representación* de que trata el art. 984, ya analizado. Conviene recordar que la representación sólo se da en la línea de los descendientes. Puede representarse al asignatario que falta porque ha muerto, o ha sido declarado indigno de suceder, o ha sido desheredado, o ha repudiado la asignación. En síntesis, puede representarse a un asignatario vivo o a un asignatario muerto.

b) Los ascendientes.

La ley dice que son legitimarios “los ascendientes”, no “los padres”. Ello significa que los ascendientes de grado más próximo desplazan a los de grado más distante.

Si el ascendiente de grado más próximo (en el supuesto de que sólo haya uno) es desheredado o declarado indigno o repudia la asignación, es llamado a la sucesión el ascendiente de grado siguiente. Así ocurrirá si el padre es declarado indigno o desheredado, pasando a ser legitimario el abuelo. No se trata del derecho de representación, por cierto, sino de la ausencia del legitimario que es sustituido por el que sigue en el grado de parentesco.

Con todo, no cualquier ascendiente es en verdad legitimario. En efecto, dispone el art. 1182, inc. 2º, que no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye (padre o madre) o de la que deriva su parentesco (abuelo, por ejemplo), ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo si el hijo, por escritura pública o por acto testamentario, hubiere restablecido en sus derechos al padre o madre (art. 203, último inciso). Esta figura es análoga a la que existía tratándose de los padres naturales, quienes sólo tenían la calidad de legitimarios en la medida que hubieren reconocido voluntariamente al hijo.

c) El cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente.

Recogiendo la tendencia casi unánime de nuestra doctrina, la Ley N° 19.585 del año 1998 incluyó al cónyuge sobreviviente entre los legitimarios, suprimiendo de paso la porción conyugal. En verdad, en los hechos el cónyuge sobreviviente era en la práctica un legitimario, pues su porción conyugal se pagaba con cargo a la legítima (lo que desataba las críticas de la doctrina, pues no pocas veces se destinaba una parte importante de la mitad legitimaria a quien técnicamente no tenía calidad de legitimario).

Excepcionalmente, quedará privado de su legítima el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial (artículo 994 del Código Civil).

A su vez, según lo expresamos, el art. 16 de la Ley N° 20.830, incluye entre los legitimarios al conviviente civil sobreviviente.

El art. 1182 del Código Civil es un precepto de carácter taxativo, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 16 de la Ley N° 20.830. No existen más legitimarios que los expresamente señalados como tales por ambos artículos.

5.4. Cómo concurren los legitimarios.

a) La legítima se distribuye de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada.⁶

Materia muy importante es resolver cómo concurren los legitimarios. En efecto, una persona puede tener padres, hijos y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente y todos ellos son legitimarios; pero no todos ellos son llamados a la sucesión del causante.

De ahí que el art. 1183 establezca la siguiente regla: "Los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada".

Esto significa que se aplicarán las reglas concernientes a los dos primeros órdenes sucesorios (arts. 988 y 989), que ya estudiamos, para definir quiénes deben concurrir o ser excluidos de la mitad legítima.

b) La legítima se distribuye entre los legitimarios y no concurren a ella todos los herederos abintestato.⁷

El art. 1183 no ha dicho que en la legítima concurren todos los herederos abintestato; dispone que la legítima corresponde a los legitimarios de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. Recordemos que son nociones diferentes la de herederos forzosos y herederos abintestato. Sólo los primeros concurren al pago de las legítimas. La mitad legítima no se divide entre todos los herederos abintestato, sino que los legitimarios se la distribuyen entre sí de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. En tal sentido, después de la reforma de la Ley número 19.585, son herederos abintestato pero no legitimarios, los hermanos y los otros colaterales, hasta el sexto grado inclusive. En cambio, tienen la doble calidad de legitimarios y herederos abintestato los hijos, los ascendientes (por regla general) y el cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente.

c) En el resto de la herencia, por regla general, no se aplican las reglas de la sucesión intestada. Excepción.⁸

El precepto en estudio (art. 1183) nos dice que los legitimarios concurren, son excluidos y representados de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. Sin embargo, lo dicho sólo se aplica dentro de la mitad legítima. Los legitimarios, en la cuarta de mejoras o en la cuarta de libre disposición, no concurren de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada.

La razón es que el testador puede repartir la cuarta de mejoras entre los asignatarios que establece la ley, como mejor le plazca. Si la cuarta de mejoras supone una expresa manifestación de voluntad del testador, no cabe aplicar en ella las reglas de la sucesión abintestato.

Lo propio ocurre con la parte de libre disposición; no van a jugar en ella las reglas de la sucesión intestada, pues el testador puede disponer de esa porción a su arbitrio, puede dejarla a quien quiera.

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 373 y 374.

⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 374.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 374.

En conclusión, salvo respecto de la mitad legitimaria, el resto de la herencia se distribuye conforme a las disposiciones del testador.

Sin embargo, puede ocurrir que éste no disponga de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, o si lo hace, que su disposición no tenga efectos. Entonces, nos encontramos frente a la *legítima efectiva* que establece el art. 1191, la que se distribuirá entre los legitimarios también de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada (antes de la reforma de la Ley N° 19.585, en la porción de que el testador no había dispuesto concurrirían también los demás herederos abintestato, pues en conformidad al art. 1191, inc. final, sobre las reglas de este precepto primaban las de la sucesión intestada. Ahora, sin embargo, no hay posibilidad de colisión entre legitimarios y otros herederos abintestato. En consecuencia, ha quedado sin aplicación práctica el inc. 3° del art. citado, que debió derogarse por el legislador).

d) Análisis de la forma como concurren y son excluidos los legitimarios.

d.1) Puede ocurrir que el causante haya dejado hijos y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente. En este caso, conforme al art. 988, son llamados los hijos y el cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente, quedando excluidos los padres. En consecuencia, la mitad legitimaria se dividirá entre los hijos y el cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente en la forma establecida en dicho precepto, sin perjuicio del acrecimiento del art. 1191 y de las asignaciones que el causante les deje por testamento.

d.2) Si concurren ascendientes y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente, la mitad legitimaria se distribuirá entre ellos, conforme al art. 989. En este caso, la herencia se dividirá en tres partes, dos para el cónyuge o conviviente civil y una para los ascendientes de grado más próximo.

d.3) Si sólo concurren hermanos, rige el art. 990. En este caso, si el causante nada dispuso, se llevarán la herencia quienes no tienen calidad de legitimarios.

d.4) Si sólo concurren otros colaterales, hasta el sexto grado, ellos llevarán la herencia. Igual que en el caso anterior, la herencia pertenecerá a quienes no tienen la calidad de legitimarios.

d.5) Finalmente, si ninguno de los anteriores concurre, la herencia yacente, luego transformada en vacante, pertenecerá al Fisco, quien obviamente tampoco es legitimario.

Reiteramos entonces que tras la reforma introducida al Código Civil por la Ley N° 19.585 a los órdenes sucesorios, ya no es posible que concurren a la herencia intestada legitimarios con quienes no lo son. De haber al menos un legitimario, de él será toda la herencia. En cambio, antes de la aludida reforma, era posible que concurrieran legitimarios con quienes no lo eran (como ocurría, por ejemplo, en el antiguo segundo orden regular, en el cual concurrían ascendientes legítimos, cónyuge e hijos naturales; los dos primeros no tenían la calidad de legitimarios, calidad que hoy sí tienen; o en el tercer orden regular, en el cual concurrían hijos naturales, cónyuge y hermanos legítimos, no teniendo los dos últimos calidad de legitimarios).

De tal forma, siempre las normas de la sucesión intestada respetan la mitad legitimaria para los legitimarios, evitando que, muerto abintestato el causante, dicha mitad legitimaria pueda ser sobrepasada o desconocida, por aplicación de las normas de la sucesión intestada, como veremos más adelante. De lo dicho, se infiere que la sucesión intestada determina qué legitimarios heredan cuando concurren dos o más de diversa naturaleza. Asimismo, las reglas de la sucesión intestada están basadas en el respeto a la mitad legitimaria.

En consecuencia, si el causante muere intestado pueden aplicarse las normas de la sucesión intestada, sin que por ello se lesionen los derechos de los legitimarios; y si muere testado (si dispuso de la parte de libre disposición, la que corresponderá a un

cuarto de la herencia, de haber legitimarios) las normas de la sucesión intestada servirán para saber quienes son llamados y quienes son excluidos de la sucesión forzosa. Esta regla tiene por lo mismo gran importancia, ya que permite aplicar las normas de la sucesión intestada sin afectar los derechos de los legitimarios, cuando el causante no ha dispuesto de sus bienes por testamento.

5.5. La legítima como asignación privilegiada y preferente.⁹

La legítima es sin duda, la asignación preferente en nuestro sistema sucesorio. Ello se desprende de varias disposiciones que la colocan en una posición de privilegio respecto de las demás asignaciones sucesorias. En efecto, el legitimario es un heredero forzoso al cual se le conceden los siguientes privilegios y las siguientes preferencias:

a) *Las legítimas se calcularán, eventualmente, sobre la base de un acervo imaginario, cuyo objetivo, como veremos, será reconstruir el patrimonio del causante cuando éste ha hecho donaciones revocables o irrevocables a otros asignatarios o donaciones a terceros, excediendo la parte o cuota de que podía disponer libremente.*

A tal extremo llega este privilegio, que un legitimario puede ser obligado a restituir el exceso de lo donado por el causante (lo que excede su legítima) si con ello se lesionan las demás legítimas (art. 1206, acción restitutoria del primer acervo imaginario); y los terceros donatarios también pueden ser obligados a restituir lo donado si el causante sobrepasó la parte de la que podía disponer libremente, afectando con ello a las asignaciones legitimarias (art. 1187, acción de inoficiosa donación del segundo acervo imaginario). Se trata, respectivamente, del primero y del segundo acervo imaginario.

De tal forma, la ley ha establecido mecanismos efectivos para evitar que el causante pueda favorecer a un legitimario en perjuicio de los otros, o para evitar que favorezca a un tercero dañando a los legitimarios. Los acervos imaginarios, como veremos, tienen efectos prácticos que permiten, por una parte, equilibrar la situación entre los legitimarios y, por otra, ampararlos de actos de disposición a título gratuito del causante en provecho de terceros.

b) *Las asignaciones legitimarias no pueden ser objeto de condición, plazo, modo o gravamen alguno. Art. 1192.*

Así, por ejemplo, el testador no podría señalar que la legítima de su hijo Juan la recibirá sólo cuando transcurran cinco años contados desde el fallecimiento del primero, o que la legítima de su hija Catalina sólo la recibirá si jura como abogado o que su viuda Sofía deberá, con cargo a su legítima, pagarle cierta pensión de alimentos a un hermano del causante.

Con relación a este punto, una sentencia de la Corte Suprema de fecha 16 de mayo de 2018, dictada en los autos Rol N° 34.269-2017, acogió una acción de reforma de testamento, dejando sin efecto un usufructo que el causante había instituido en su testamento en favor de uno de sus hijos sobre el único bien inmueble de que era propietario, gravando con ello las legítimas de sus restantes hijos y de la cónyuge sobreviviente.

Excepcionalmente, el art. 86 N° 7 de la Ley General de Bancos, permite a los bancos ser administradores de los bienes que se hubieren dejado a título de herencia o legado, a capaces o incapaces. Agrega el precepto que "Podrán sujetarse a esta misma forma de administración los bienes que constituyen la legítima rigorosa, durante la incapacidad del legitimario."

⁹ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 334 a 337.

En consecuencia, cesada la incapacidad del legitimario, el banco respectivo concluye su administración, la que corresponderá al legitimario, sin restricciones.

c) *Las legítimas tienen preferencia para su pago.*

Así se desprende del art. 1189: "Si la suma de lo que se ha dado en razón de legítimas no alcanzare a la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes con preferencia a toda otra inversión".

Así, por ejemplo, el testamento dispuso que ciertos bienes se entreguen a los legitimarios con cargo a sus legitimarios. Sin embargo, el valor de dichos bienes es inferior al cincuenta por ciento del activo de la herencia. El monto que falte, se enterará antes de pagar las demás asignaciones.

De tal forma, lo primero que debe hacerse es enterar las asignaciones legitimarias, antes de pagarse las asignaciones testamentarias o abintestato.

El art. 1193, inc. 1º, se pone en el caso de que lo dado en razón de legítimas, excediere a la mitad del acervo imaginario, disponiendo que, en tal evento, el exceso se imputará a la cuarta de mejoras: "Si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios".

La situación planteada en el art. 1193 es la opuesta a la del art. 1189. En el art. 1193, los bienes que el testador ha dado para el pago de las legítimas tienen un valor que supera la mitad de la herencia. El exceso, debe imputarse a la cuarta de mejoras, aunque el testador no lo haya señalado. Se trata, según veremos, de un caso de "mejora tácita", pues es el legislador el que entiende que la voluntad del testador ha sido la de imputar el exceso a la cuarta de mejoras. La cuarta de mejoras está aquí "al servicio" de las legítimas.

El art. 1362 impone a los legatarios responsabilidad cuando el testador ha destinado a ellos una parte de la porción de bienes que la ley reserva a los legitimarios; y el art. 1363 reglamenta esta responsabilidad, de la cual sólo quedan excluidos los legados alimenticios siempre que se trate de asignaciones forzosas.

De esta normativa aparece clara la preferencia de que gozan las legítimas para su entero y pago.

d) *No obstante tratarse de una asignación forzosa y no intestada, el legitimario puede concurrir personalmente o representado por sus descendientes.* De tal forma, sólo se entenderá faltar cuando carezca de descendencia (arts. 1182, Nº 1 y 1183).

e) Si el causante no dispone total o parcialmente de la cuarta de libre disposición y/o de la cuarta de mejoras, o si lo hizo sus disposiciones no tuvieron efecto, este excedente acrece a la mitad legitimaria y *forma las llamadas "legítimas efectivas"* (art. 1191).

f) *Los legitimarios tienen una acción especial para defender sus legítimas:* los arts. 1216 y siguientes consagran la *acción de reforma del testamento*, que permite pasar por sobre las disposiciones testamentarias del causante en provecho de los asignatarios de las legítimas. Se trata, como veremos, de una acción de inoponibilidad, destinada a hacer prevalecer las legítimas por sobre las demás asignaciones testamentarias.

g) Para evitar que el causante pueda burlar una legítima, el art. 1197 establece que si bien el causante puede designar las especies con que debe pagarse una legítima, *no podrá tasar los valores de dichas especies.* Con esto, se pretende evitar que el causante disminuya o aumente el valor de lo que corresponde al legitimario.

h) Si se hace una donación revocable o irrevocable a quien no tiene calidad de legitimario, en el entendido que más adelante llegue a tenerla, y el donatario no adquiere después esta calidad, *se resuelve la donación y los bienes vuelven al patrimonio del donante*. Lo mismo sucede si el legitimario que fue beneficiado con la donación deja de serlo por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación, o por haber sobrevenido un legitimario de mejor derecho (art. 1200).

i) *El desheredamiento* de un legitimario tiene reglas propias que están contenidas en los arts. 1207 a 1211, que son más exigentes, aún cuando no muy distintas de las referidas a las indignidades.

j) *El futuro causante puede prometer a un legitimario no disponer de la cuarta de mejoras*, con el objeto de que con ello se incremente su legítima, como consecuencia del acrecimiento de esta parte a la mitad legitimaria (art. 1191). En este caso, el legitimario a quien se le ha prometido no disponer de la cuarta de mejoras, puede reclamar el incremento que habría experimentado su legítima, si se hubiere cumplido la promesa (art. 1204).

k) Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima, por cualquier causa, dicho todo o parte *se agrega a la mitad legitimaria* y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros (art. 1190).

El legitimario nada llevará si muere antes que el causante sin dejar descendientes que lo representen, o si fuere declarado indigno, o fuere desheredado en toda su legítima o si la repudia.

El legitimario llevará parte de su legítima solamente si fuere desheredado sólo en parte de ella.

En estricto rigor, a pesar de los términos del art. 1190, nada de "agrega" a la mitad legitimaria, porque ésta permanece incólume. Lo que ocurre, es que dicha mitad legitimaria se repartirá entre menos herederos.

l) *En el marco de la partición*, la regla 2º del art. 1337, establece que no habiendo interesados que ofrezcan más que el valor fijado para el bien que se posee indiviso, y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, el legitimario será preferido al que no lo sea. Hoy, esta regla sólo puede operar si la sucesión fuere testada, porque si es enteramente intestada, no pueden concurrir legitimarios con quienes no lo sean

5.6. Clasificación de las legítimas.

Las legítimas pueden clasificarse en legítima rigurosa (art. 1184) y en legítima efectiva (art. 1191).

a) Legítima rigurosa.

a.1) Concepto.

Está establecida en el art. 1184, inc. 1º. Los legitimarios llevan la mitad de los bienes del causante, previas las deducciones o bajas generales de la herencia señaladas en el art. 959 y las agregaciones que corresponden a los acervos imaginarios consagrados en los arts. 1185 y 1186. La ley agrega que esta mitad se divide por cabezas (cuando los legitimarios concurren personalmente) o por estirpes (cuando los legitimarios concurren representados o cuando opera el derecho de transmisión).

La legítima rigorosa es por lo tanto *la parte de la mitad legitimaria que corresponde a cada uno de los legitimarios llamados a la sucesión conforme a las reglas de la sucesión intestada*.¹⁰ También se la ha definido como *aquella parte que le cabe al asignatario dentro de la mitad legitimaria*.¹¹

En consecuencia, los legitimarios se reparten (por cabeza o por estirpe) la mitad de la herencia. Por cabeza, si suceden personalmente. Por estirpe, si suceden colectivamente por derechos de representación o de transmisión.

Pero no todas las legítimas son de la misma cuantía, conforme se desprende de los arts. 988 a 990.

Puede ocurrir que un legitimario no lleve todo o parte de su legítima (art. 1190), sea porque es incapaz (no existe al momento de deferírsele la asignación), ha sido desheredado, declarado indigno o ha repudiado la asignación y no tiene descendencia con derecho a representarlo. En este caso, la parte que no lleva ese legitimario se agrega -dice la ley-, a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los demás legitimarios. En realidad, como dice Rodríguez Grez, la ley se ha expresado impropriamente: en efecto, si un legitimario no lleva todo o parte de su legítima, nada se agrega a la mitad legitimaria, sino que ella se dividirá por un factor menos (menos legitimarios) y con ello se elevará su cuantía. Por lo tanto, no hay en este caso acrecimiento o agregación alguna, sino la consecuencia lógica de que la mitad legitimaria se distribuya entre menos legitimarios. De allí que en este supuesto, la legítima siga siendo rigorosa.¹²

a.2) Características de las legítimas rigurosas.

A juicio de Somarriva, cuatro características tienen las legítimas rigurosas:

- i.- Constituyen una asignación forzosa;
- ii.- No son susceptibles de sujetarse a modalidades o gravámenes;
- iii.- El testador puede indicar los bienes con que se van a pagar las legítimas, pero no tasarlos; y
- iv.- Tienen preferencia absoluta para su pago.¹³

b) Legítima efectiva.

Hemos señalado que la legítima rigorosa es la división, entre los legitimarios, de la mitad legitimaria. Esta mitad se determina deduciendo del acervo ilíquido las bajas generales de que trata el art. 959 y colacionando al acervo líquido que resulta, las partidas ordenadas en los arts. 1185 y 1186.

El resto de la herencia se dividirá en la forma establecida en el art. 1184, incisos 2º y 3º. Distinguimos entonces las siguientes situaciones:

i.- *No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente, ni ascendientes*, "la mitad restante" -dice la ley-, es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio: art. 1184, inc. 2º. Interpretando literalmente este inciso, quiere decir que, deducida la mitad legitimaria, la mitad restante de la herencia recibe el nombre de mitad de libre disposición. Si no existen descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente ni ascendientes, la herencia se divide por mitades: la mitad legitimaria y la mitad de libre disposición. Tal parece decir la ley. Sin embargo, ¿Cómo puede formarse mitad legitimaria, si no hay legitimarios? Como es obvio, si no concurren legitimarios, no hay mitad legitimaria. Y si no la hay, toda la herencia es de libre disposición, y no sólo "la mitad restante". Si no concurren legitimarios (sea

¹⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 338.

¹¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 376.

¹² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 338 y 339.

¹³ Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 380 a 384.

personalmente o representados), el causante puede disponer de todo su patrimonio libremente, sin perjuicio de las asignaciones forzosas (en este caso, sólo los alimentos que se deban a ciertas personas). Así las cosas, nos parece desafortunada la redacción del inc. 2º del art. 1184, la que debió modificarse a consecuencia de las reformas de la Ley N° 19.585.

ii.- *Habiendo tales descendientes, cónyuge o conviviente civil o ascendientes*, la misma masa de bienes (hechas las agregaciones y deducciones de que trata el inc. 1º), se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el causante haya querido favorecer a su cónyuge o conviviente civil o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios; y la última cuarta de que puede disponer a su arbitrio.

iii.- Si el causante, teniendo *descendientes, cónyuge o conviviente civil o ascendientes*, y no dispusiere de la cuarta de mejoras ni de la cuarta de libre disposición, o sólo dispusiere de una u otra o de parte de una u otra, o dispuso, pero sus disposiciones no tuvieron efecto, la parte de dichas cuartas de la que no se dispusiere o de la que fue ineficaz la disposición, *acrececerá a la mitad legitimaria, para formar las legítimas efectivas*.

En suma, para Rodríguez Grez, *la legítima efectiva se forma por el acrecimiento a la mitad legitimaria del todo o parte de la cuarta de libre disposición o de la cuarta de mejoras, sea porque el causante no dispuso de ellas o porque su disposición no tuvo efecto, pero sólo si concurren a la herencia conforme a las reglas de la sucesión intestada, herederos legitimarios*.¹⁴ Somarriva, por su parte, la define como *la legítima rigurosa aumentada con la parte de mejoras y la parte de libre disposición de que el testador no dispuso o, si lo hizo, no tuvo efecto su disposición*.¹⁵

¿Qué relación existe entre los legitimarios y la sucesión intestada?

i.- Los legitimarios son llamados y excluidos según las normas de la sucesión intestada. Ya dijimos que el art. 1183 no hace aplicable las reglas de la sucesión intestada a los legitimarios, sino única y exclusivamente para su llamamiento y exclusión.

ii.- La mitad legitimaria se divide por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada. Art. 1184, inc. 1º.

Si sólo son llamados por los órdenes de sucesión intestada los legitimarios, se aplica el inc. 1º del art. 1191 y la herencia se distribuye entre los legitimarios, dando a cada uno su legítima efectiva.

5.7 Acervo en que se calculan las legítimas.

En el análisis de la anterior asignación forzosa, hemos indicado sobre qué acervo debe calcularse dicha asignación. En efecto, mientras los alimentos se calculan sobre la base del acervo í líquido menos las deducciones de los números 1 y 2 del art. 959, *las legítimas se calculan sobre la base del acervo líquido, o del primer acervo imaginario o del segundo acervo imaginario*, según corresponda.

En efecto, según hemos estudiado, las legítimas se calcularán sobre el acervo líquido, si el causante no hubiere hecho ninguna donación, ni a legitimarios, ni a terceros.

En cambio, se calcularán las legítimas sobre el primer acervo imaginario, si el causante hubiere hecho donaciones revocables o irrevocables a uno o más de sus legitimarios.

¹⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 341.

¹⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 387.

En fin, se calcularán las legítimas sobre el segundo acervo imaginario, si el causante hubiere hecho donaciones irrevocables a terceros o a un legitimario, pero en el último caso, con cargo a la cuarta de libre disposición.

Por cierto, si el causante hubiere hecho donaciones a legitimarios y también donaciones a terceros, primero se formará el primer acervo imaginario y acto seguido el segundo acervo imaginario.

Todo lo anterior tiene gran importancia práctica, pues mediante tales acervos imaginarios, se trata de impedir que las legítimas sean burladas por el causante, mediante donaciones a los propios legitimarios o a extraños. Con estos acervos imaginarios, se *reconstruye* el patrimonio del causante, se restablece la igualdad entre los legitimarios y se limitan las donaciones que puede hacer a extraños a lo que, conforme a la ley, puede disponer libremente y sin restricción.

El art. 1184, por lo demás, anticipa que las legítimas se calculan sobre la base del acervo imaginario.

a) Primer acervo imaginario.

Se trata de un acervo imaginario, porque no tiene existencia fáctica o real, sino meramente intelectual o mental. En verdad, no se forma la masa de bienes que en el art. 1185 se ordena, sino que se calcula numéricamente, como valores. Por ello, la ley establece que "se acumularán imaginariamente".

El art. 1185 contempla la institución de la *colación*, que Somarriva define como un acto por el cual un heredero que concurre con otros en la sucesión, devuelve a la masa partible las cosas con que el donante lo beneficiara en vida para compartirlas con sus coherederos como si nunca las hubiere tenido.¹⁶

Este acervo se forma siempre que, al abrirse la sucesión, existan legitimarios, puesto que con él se pretende defender la integridad de las legítimas.

a.1) Colaciones que se hacen al acervo líquido:

i.- Donaciones revocables hechas en razón de legítimas y mejoras.

ii.- Donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas y mejoras.

Las acumulaciones se efectuarán según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión.

i.- *Sobre las donaciones revocables hechas en razón de legítimas y mejoras*: cree Rodríguez Grez que este tipo de donaciones, en este caso, transfieren el dominio de la cosa donada cuando se hace tradición de ellas, porque así lo adelanta el art. 1146, ya comentado. La regla general es que una donación revocable entregada al donatario constituye un usufructo (arts. 1140 y 1141), consolidándose en el donatario la nuda propiedad y el usufructo al abrirse la sucesión (salvo si la donación hubiere sido revocada). Pero, tratándose de donaciones revocables hechas en razón de legítimas y mejoras, que se entregan al donatario, ellas transfieren el dominio (excepción a la regla general, anticipada en el art. 1146), de modo que procede su colación o agregación según el valor que estas especies tenían al tiempo de la entrega.

Para que esta donación haya transferido el dominio deberá tratarse de una donación revocable hecha a un legitimario o a una persona que pueda ser objeto de una asignación de cuarta de mejoras, y que se haya hecho tradición (entrega) de la cosa donada. Si no concurre alguno de estos requisitos, la donación no transfiere el dominio y la cosa donada permanecerá en el patrimonio del causante hasta la apertura de la sucesión.

¹⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 393.

Si la donación se ha hecho a un legitimario, se presume que se hace a título de legítima, salvo que en el testamento o que en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, aparezca que el legado o donación ha sido a título de mejora (art. 1198).¹⁷

Como desde la dictación de la Ley N° 18.802 el cónyuge puede ser asignatario de cuarta de mejoras, es necesario precisar qué sucede con las donaciones que se le hacen por tal concepto. Desde luego, toda donación entre cónyuges es revocable. En consecuencia, para Rodríguez Grez sin duda las donaciones revocables que se hacen en razón de mejora al cónyuge sobreviviente se colacionan en el primer acervo imaginario, para reconstituir el patrimonio del causante, teniendo efecto para establecer el exceso de lo donado a terceros. Lo mismo sucede tratándose de las donaciones hechas en favor de ascendientes, asignatarios de cuarta de mejoras a partir de la vigencia de la Ley N° 19.585.¹⁸

Recordemos que para la mayoría de la doctrina, esta colación es letra muerta en la ley y un error del legislador, puesto que se sostiene la tesis de que nada se puede agregar, porque nada ha salido del patrimonio del causante, por tratarse de un usufructo que se consolida con la nuda propiedad al fallecimiento del causante.¹⁹ A su vez, como sostiene Somarriva introduciendo una variante que coincide con lo postulado por Rodríguez Grez, es indiscutible que sólo se acumulan las donaciones revocables cuando las cosas donadas han sido entregadas al donatario en vida del causante. Si no ha habido entrega en vida del donante no hay necesidad de acumular estas donaciones, pues los bienes que comprende la donación están material, física y jurídicamente en el patrimonio del causante. En cambio, si los bienes donados revocablemente fueron entregados al donatario, materialmente faltan de la masa de bienes y por esta razón deberán acumularse a ella.²⁰

Agrega a su vez Rodríguez Grez que abona su interpretación una razón adicional: los que piensan que el art. 1185 contiene un error, deberán convenir que también lo contiene el art. 1198. Se pregunta entonces este autor: ¿Cómo ha podido ordenarse esta imputación (la que dispone el art. 1198) que supone que el legado se ha colacionado al primer acervo imaginario? Para los comentaristas, un nuevo error de la ley. Para Rodríguez Grez, otra clase de manifestación de las excepciones que nos anticipaba el art. 1146: el legado anticipado sale del patrimonio del causante cuando se entrega en vida del donante.²¹

ii.- *Sobre las donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas o mejoras*, cabe observar que lo que realmente se colaciona al acervo es el valor que la donación irrevocable tenía al momento de la entrega (tradicón), prudencialmente actualizado. Por lo tanto, si ella no se ha entregado nada hay que colacionar, porque nada ha salido del patrimonio del causante.

Domínguez Benavente y Domínguez Aguila plantean un problema de interés. Ellos se preguntan si deben colacionarse sólo las donaciones irrevocables definidas en el art. 1386, vale decir, las que "formalmente revistan ese carácter o si han de colacionarse todas las liberalidades consentidas a un legitimario". Los autores citados, así como Rodríguez Grez, coinciden en que se debe colacionar todo tipo de liberalidad que implique un empobrecimiento para el donante. Por lo demás, la definición del art. 1386 no es tan estricta como pudiera pensarse, sino que concibe la donación en un sentido muy general que admite otras liberalidades. Es por eso que el art. 1397 manda que se tenga como donación la renuncia o remisión de una deuda, actos que son indudablemente liberalidades, pero que estrictamente no son donaciones. Los

¹⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 345.

¹⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 345 y 346.

¹⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 346.

²⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 395.

²¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 346.

Domínguez refuerzan sus argumentos citando el art. 1203. Esta norma tiene importancia, ya que se trata de desembolsos hechos por el causante para el pago de deudas de un legitimario, que sea descendiente. Dichos desembolsos se colacionan al primer acervo imaginario, pero sólo cuando hayan sido útiles para el pago de dichas deudas.

En el fondo, entonces, las donaciones irrevocables que se hacen a un legitimario constituyen un anticipo de su legítima y así lo presume la ley en su art. 1198. Las donaciones revocables e irrevocables hechas a un legitimario, salvo que el causante disponga expresamente otra cosa en su testamento, es un anticipo o prepago de la legítima o de una asignación de cuarta de mejoras.²²

a.2) Donaciones o egresos que no son colacionables.

No obstante la amplitud del art. 1185, debemos mencionar algunas excepciones:

i.- *Los regalos moderados que se hacen según la costumbre*: art. 1188, inc. 2º. Esta norma está en perfecta armonía con el art. 1735, que autoriza al marido, como administrador de la sociedad conyugal, para hacer donaciones de poca monta. Cabe indicar que aun cuando el art. 1188 no lo diga en forma expresa, debemos atender a la capacidad del patrimonio del causante, para calificar las donaciones de "regalos moderados".

ii.- *Los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio*: art. 1198, inc. 3º. Se presenta aquí un problema interesante, ya que nada dice la ley sobre la cuantía de la donación. De ello puede deducirse que cualquiera sea la cuantía de la donación, no procedería colacionarla. Se plantea que no sería este el espíritu de la ley. Se trataría siempre de donaciones moderadas con relación a las fuerzas del patrimonio.

iii.- *Tampoco se colaciona lo que se invierte en el pago de una deuda de un legitimario que sea descendiente, si esta inversión o desembolso no ha sido útil para el pago de dichas deudas* (art. 1203, inc. 1º, interpretado *a contrario sensu*). Tal sería el caso, por ejemplo, de un pago de lo no debido: se pagó a una persona distinta del acreedor, subsistiendo por ende el crédito que tiene el último en contra del legitimario descendiente del causante. La ley advierte que no se colacionará el pago inútil, en relación a las deudas del legitimario descendiente. De esta norma, se concluye que sí procede acumular estos desembolsos, aun cuando no hayan sido útiles, si se han hecho para pagar deudas de otros legitimarios: o sea, ascendientes o cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente.

iv.- *Los gastos de educación de un descendiente*: art. 1198, inc. 2º. Lo anterior, porque se trata del cumplimiento de una obligación fundamental para con los descendientes. La ley no distingue si se trata de un hijo u otro descendiente, cuestión correcta, porque la obligación de suministrar alimentos y educar puede pasar a los abuelos por falta o insuficiencia de los padres (art. 232).

v.- *Finalmente, tampoco se colacionan a este acervo los frutos de las cosas donadas revocable o irrevocablemente, a título de legítima o de mejora, que se devenguen en vida del donante, si las cosas donadas han sido entregadas a los donatarios*. Ello, a consecuencia de que el dominio de dichas especies pertenece al donatario -incluso de donación revocable, para algunos autores-, y los frutos se devengan para sus dueños. Por la misma razón, tampoco se agregarían o colacionarían a este acervo las accesiones que experimenten las cosas donadas mientras ellas estaban en poder de los donatarios, puesto que este aumento favorece al dueño, o sea, al donatario.²³

a.3) Cómo debe efectuarse la colación.

²² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 346 y 347.

²³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 347 a 349.

La ley especificó que la colación es *neto*, considerando sólo lo que “reste deducido el gravamen pecuniario a que la donación estuviere afecta” (art. 1188, inc. 1º). De tal forma, si la donación comprende un inmueble hipotecado, deberá descontarse el valor de la hipoteca, colacionándose el valor del inmueble menos el gravamen hipotecario.

La colación se hace *en valores* en nuestro derecho (en oposición a la colación en especies). La ley ordena que la colación se haga según el valor que tenían las cosas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizarlo prudencialmente a la época de la apertura de la sucesión (art. 1185, inc. 1º).²⁴

a.4) Sólo se acumulan las donaciones hechas en razón de legítimas o mejoras.

Al respecto, se presenta el problema de determinar si deben acumularse o colacionarse las donaciones hechas por el causante con cargo a la parte de libre disposición.

La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió al respecto que no procede la acumulación de las donaciones hechas a legitimarios con cargo a la parte de libre disposición. Este fallo tiene dos fundamentos:

i.- La letra de la ley -art. 1185-, que ordena la acumulación de las donaciones hechas en razón de legítimas y mejoras y no menciona las efectuadas con imputación a la cuarta de libre disposición;

ii.- Porque en estas donaciones hechas con cargo a la parte de libre disposición, para nada juega la calidad de legitimario del donatario. Pasa a ser un extraño, como cualquier otro, y estas donaciones, aunque hechas a legitimarios, no puede entenderse imputadas a la mitad legitimaria o a la cuarta de mejoras, si el causante declaró que se habían hecho con cargo a la parte de libre disposición.

Somarriva concluye que, concurriendo los requisitos legales, procedería en este caso aplicar el segundo acervo imaginario, pues es lo mismo que si el legitimario fuese un tercero extraño. En ningún caso procede la colación en el primer acervo imaginario, pues las donaciones no han sido hechas en razón de legítimas o mejoras.²⁵

a.5) Discusión acerca de si benefician o no a la cuarta de libre disposición, la acumulación de las donaciones irrevocables y revocables.

Para Somarriva, la acumulación de las donaciones irrevocables no aprovecha a la parte de libre disposición, pero sí beneficia a dicha cuarta la acumulación de las donaciones revocables. Hay quienes opinan, dice Somarriva, que esta acumulación de las donaciones beneficia no sólo a la mitad legitimaria y a la cuarta de mejoras, sino también a la parte de libre disposición. Se basan para ello en que el art. 1185 habla de computar las cuartas “*de que habla el artículo precedente*”, dentro de las cuales está la de libre disposición.

Pero en realidad, dice Somarriva, es necesario efectuar previamente un *distingo*, entre las donaciones revocables e irrevocables.

La acumulación de las donaciones irrevocables no puede nunca beneficiar a juicio de este autor la parte de libre disposición, al tenor del art. 1199. Esta acumulación sólo aprovecha a los legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras, más no a los asignatarios de cuarta de libre disposición.

Pero como el precepto se refiere únicamente a las donaciones irrevocables (en opinión de Somarriva, conforme al tenor literal de la ley), quiere decir que respecto de las donaciones revocables recupera su vigor el argumento del art. 1185: en consecuencia, la acumulación de las donaciones revocables beneficiará a la cuarta de libre disposición.²⁶

²⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 349.

²⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 396 y 397.

²⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 397.

Los dos Domínguez y Rodríguez Grez, señalan que contablemente también estas acumulaciones hechas para constituir el primer acervo imaginario determinan la cuarta de libre disposición. Para los efectos de calcular los cuatro cuartos de que habla el art. 1184 se aplica el art. 1185, como expresamente lo dice esta disposición. La masa sucesoria es una sola, no puede ser distinta para una cosa que para otra. Diferente es que una asignación se calcule sobre la base de un acervo y otra sobre la base de otro acervo. Pero la masa hereditaria no puede ser múltiple.

De aquí que sea correcto sostener que las acumulaciones ordenadas en el art. 1185 benefician a los asignatarios de legítimas y mejoras, tanto contablemente como para su pago, y a los asignatarios de cuarta de libre disposición sólo contablemente, porque se trata de una parte de la herencia que tiene carácter contribuyente, es decir, sólo se paga si existen bienes para satisfacer previamente las legítimas y las mejoras. Así se desprende de lo dispuesto en los arts. 1193, 1194 y 1196.²⁷

Desde otra perspectiva, este beneficio contable se expresará, como lo veremos, en la constitución del segundo acervo imaginario. En efecto, la determinación de lo que el causante ha podido disponer libremente resulta fundamental para resolver qué donaciones pueden "rescindirse" (como dice la ley) en beneficio de los asignatarios que lo sean a título de legítimas y de mejoras.²⁸

De lo dicho hasta aquí se infiere que los legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras pueden recibir, en vida del causante, bienes en anticipo de su asignación, y en tal caso, la reconstitución del patrimonio del causante no afecta la cuantía del as hereditario, porque cada asignación se pagará imputándose a la misma lo que se haya dado revocable o irrevocablemente al asignatario respectivo, favorecido con dichas donaciones. En otras palabras, la asignación disminuirá en la misma proporción de lo donado por tales conceptos. Por ello, en esta parte, el primer acervo imaginario no genera déficit de ninguna especie, mucho menos considerando lo preceptuado por el art. 1206, que obliga al donatario a pagar la diferencia que se produzca entre lo que le correspondiere definitivamente en la herencia y lo que hubiere recibido por tales donaciones.²⁹

Como lo estudiaremos al tratar del pago y entero de las legítimas, el sistema de nuestro CC. está concebido de manera que sea posible el equilibrio entre los asignatarios de legítimas. Si el causante quiere favorecer a un legitimario con una asignación no imputable a su legítima, deberá expresarlo así, asignándole una parte o toda la cuarta de libre disposición. Si nada dice, recobra su imperio el art. 1198 y lo donado se imputará a la legítima del donatario, salvo que la voluntad del causante haya sido que la donación se impute a la cuarta de mejoras.³⁰

a.6) Ejemplo de formación de un primer acervo imaginario, según Somarriva.³¹

Fallece el causante dejando un acervo ilíquido de \$100.000.000.- y cinco hijos. Las bajas generales de la herencia determinadas de conformidad al art. 959 suman \$10.000.000.- Al hijo B se le hizo una donación irrevocable de \$5.000.000.- y al hijo A una donación revocable también por \$5.000.000.- Ambas donaciones fueron entregadas en vida del causante.

Asciende el primer acervo imaginario:

Acervo ilíquido	\$100.000.000.-
Menos las bajas generales:	\$ 10.000.000.-
Acervo líquido:	\$ 90.000.000.-
Más donación revocable:	\$ 5.000.000.-
Más donación irrevocable:	\$ 5.000.000.-

²⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 351 y 352.

²⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 352.

²⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 352.

³⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 352.

³¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 401 y 402.

Primer acervo imaginario: \$100.000.000.-

Se divide este acervo en la forma prescrita en el art. 1184:

Mitad legitimaria: \$ 50.000.000.-

Cuarta de mejoras: \$ 25.000.000.-

Cuarta de libre disposición: \$ 25.000.000.-

Pero resultaría que, en esta forma, la cuarta de libre disposición se estaría beneficiando con la donación irrevocable hecha al hijo B, lo que no permite el art. 1199. Procede entonces descontar de ella la parte en que se están aprovechando de esa donación; de ella, en el ejemplo, dos cuartos benefician a la mitad legitimaria, un cuarto a la cuarta de mejoras y otra cuarta a la cuarta de libre disposición. Debemos descontar entonces, de la cuarta de libre disposición, la cuarta parte de \$5.000.000.-, es decir, \$1.250.000.- Esta última suma, debe repartirse entre la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras en proporción de dos a uno (porque la mitad legitimaria es el doble de la cuarta de mejoras). O sea, que la mitad legitimaria lleva \$833.000.- y la cuarta de mejoras \$417.000.- Tenemos entonces que la herencia queda distribuida así:

Mitad legitimaria: \$50.000.000 + \$833.000.- : \$50.833.000.-

Cuarta de mejoras: \$25.000.000 + \$417.000.- : \$25.417.000.-

Cuarta de libre disposición: \$25.000.000 - \$1.250.000.- : \$23.750.000.-

La mitad legitimaria alcanza entonces a \$50.833.000.-, que debemos dividir entre cinco hijos: cada uno llevará en consecuencia \$10.166.600.- A los hijos C, D y E, que no recibieron donaciones del causante, nada se les imputa a sus legítimas y por ende se les paga en efectivo \$10.166.600.- Pero a los hijos A y B debe imputárseles a su legítima lo que recibieron por donación, esto es, \$5.000.000.- a cada uno (art. 1198); por eso, se les entregará en efectivo sólo \$5.166.600.-, cantidad que sumada a lo que recibieron en vida del causante, completan su legítima.

De este modo, se ha evitado que en definitiva las legítimas de algunos legitimarios -en este caso, los hijos C, D y E- sean lesionados por donaciones hechas por el causante en vida a otros legitimarios (los hijos A y B, en el ejemplo).

Para quienes opinan que aun la acumulación de las donaciones irrevocables beneficia a la cuarta de libre disposición, la mitad legitimaria, ascendente a \$50.000.000.-, se distribuye dándoles en efectivo a los Hijos C, D y E \$10.000.000.- a cada uno y a los hijos A y B \$5.000.000.- a cada uno.

b) Segundo acervo imaginario.

b.1) Generalidades.

El segundo acervo imaginario está contemplado por los arts. 1186 y 1187, precepto este último en el cual se consagra lo que jurídicamente recibe el nombre de acción de inoficiosa donación.

El segundo acervo imaginario va a proceder en presencia de donaciones irrevocables hechas a extraños. El objetivo de la formación de este segundo acervo imaginario es defender las legítimas en presencia de donaciones hechas a personas que no son legitimarios.³²

b.2) Requisitos para que proceda la formación de este acervo.³³

Sólo es procedente la formación del segundo acervo imaginario cuando concurren las siguientes circunstancias:

i.- *Que al hacer el donante las donaciones, existieren legitimarios.*

No cabe duda, frente al tenor de la ley, que sólo procede la formación del segundo acervo imaginario cuando al momento de hacer las donaciones irrevocables a terceros, el causante tenía ya legitimarios. Así lo da a entender el encabezamiento del

³² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 402 y 403.

³³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 403 y 404.

art. 1186. Es decir, el causante debe tener legitimarios al momento de hacer la donación irrevocable.

De tal forma, si el causante hizo donaciones irrevocables sin tener legitimarios y después llega a tenerlos, no procederá la formación del segundo acervo imaginario, pues cuando el donante hizo las donaciones no perjudicaba a nadie, ya que no existían legitimarios.

ii.- *Que al fallecimiento del causante existan legitimarios.*

El segundo requisito es que existan legitimarios al fallecimiento del causante, pues el segundo acervo imaginario -como lo dice el art. 1186- se forma para computar las legítimas y mejoras. Si no concurren legitimarios, no existen estas asignaciones forzosas y no procede la formación de éste acervo.

A este respecto, se presenta el problema de determinar si deben ser unos mismos los legitimarios existentes al momento de hacerse las donaciones y los que concurren a la sucesión.

José Clemente Fabres opinaba que debían ser unos mismos los legitimarios en ambas oportunidades, de modo que la formación de este segundo acervo imaginario no beneficiaría a los legitimarios que no tenían el carácter de tales al momento de efectuarse las donaciones.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina no acepta esta interpretación y afirma que no importa cuáles sean los legitimarios al tiempo de la donación y cuáles al tiempo del fallecimiento del causante, pues la ley sólo exige que existan legitimarios en ambos momentos. Al respecto, Rodríguez Grez agrega que siendo la cuestión discutible, se inclina por la posición mayoritaria, ya que si se tratare de un "derecho personalísimo" de uno o más legitimarios, podría darse el caso de que, en definitiva, pudiere este acervo favorecer a unos y no a otros (los que sobrevengan con posterioridad a la donación), lo cual no parece admisible.³⁴

iii.- *Que el causante haya efectuado donaciones irrevocables a terceros.*

Debe tenerse presente que este segundo acervo imaginario (a diferencia del primero) procede sólo en presencia de donaciones irrevocables, dado que el art. 1186 habla de donaciones entre vivos.

Estas donaciones irrevocables deben haber sido hechas a extraños, porque si fueron efectuadas a legitimarios, lo que procede es formar el primer acervo imaginario.

Debemos entender por extraños, para estos efectos, a quienes no tienen carácter de legitimarios, ni son asignatarios de cuarta de mejoras. Pero si la donación se hace a un legitimario con cargo a la parte de libre disposición, debe entenderse hecha a un extraño.

iv.- *Que las donaciones resulten excesivas.*

Finalmente, para que sea posible la formación de este acervo imaginario, es necesario que las donaciones sean excesivas. Se cumple este requisito en el caso del art. 1186: cuando el valor de las donaciones exceda de la cuarta parte de la suma formada por las donaciones y el acervo. Se suman, entonces, el acervo y las donaciones, y la cantidad que resulta se divide por cuatro. Si la cantidad resultante, efectuada la división, es inferior al valor de las donaciones, quiere decir que éstas resultaron excesivas y procede formar el segundo acervo imaginario.

Ahora bien, ¿A cuál acervo se hace esta suma de los valores donados? O dicho de otro modo, ¿De qué acervo se parte para calcular el segundo acervo imaginario? Para Somarriva, se partirá ya del acervo líquido o del primer acervo imaginario. Se tomará como base éste cuando haya procedido su formación en conformidad al art. 1185; si no, se partirá del acervo líquido. Para Rodríguez Grez, se suman todas las donaciones hechas por el causante que a la sazón tenía legitimarios, y se agrega este valor al primer acervo imaginario.

³⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 355.

El segundo acervo imaginario reconstruye el patrimonio del causante cuando está afectado por donaciones a extraños (o sea, que no sean legitimarios ni asignatario de cuarta de mejoras), que van más allá de lo que era lícito disponer. Su efecto práctico es doble:

- i.- Por un lado, eleva las cuartas de que trata el art. 1184, limitando a la cuarta de libre disposición todas las asignaciones y donaciones hechas por el causante a terceros; y
- ii.- Por otro lado, si con esta acumulación se sobrepasa la parte de libre disposición, pueden los legitimarios recuperar el exceso de lo donado procediendo contra los donatarios en un orden inverso a la fecha de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes.

En este caso, se restringe la parte de libre disposición, pero se favorecen las legítimas y las mejoras.

El art. 1186 habla, con propiedad, de "donaciones entre vivos a extraños". Ellas comprenden, en consecuencia, sólo las donaciones irrevocables (sinónimo de donaciones entre vivos), por cuanto las únicas donaciones revocables que salen del patrimonio del causante son aquellas que se hacen en razón de legítimas o de mejoras y que se entregan en vida al donatario.

En cuanto a la forma de tasar el valor de las donaciones, correspondería aplicar el mismo procedimiento establecido para el primer acervo imaginario.

Se ha sostenido que el segundo acervo imaginario sólo se forma cuando las donaciones a extraños sobrepasan la cuarta parte de la suma integrada por el primer acervo imaginario y el total de las donaciones hechas a extraños, teniendo el causante legitimarios. Cree Rodríguez Grez que siempre debe formarse este acervo para determinar la cuarta de libre disposición, aun cuando esto no tenga efectos prácticos. Si sumadas todas las donaciones hechas a extraños al primer acervo imaginario no se absorbe la cuarta de libre disposición, no hay problema, pero con esta operación se determina de cuánto ha podido disponer libremente el causante, reduciéndose así esta parte de la herencia. Como la cuarta de libre disposición es una cuarta contribuyente, esto carece de efecto práctico para los legitimarios y asignatarios de mejoras, porque primero se pagarán las legítimas, luego las mejoras y sólo si hay bienes se enterarán las asignaciones con cargo a la parte de libre disposición.

Insiste entonces el autor citado, en que la constitución de este acervo tiene un efecto contable para establecer el monto de la cuarta de libre disposición y un efecto práctico para "*rescindir*" las donaciones en cuanto ellas sobrepasan la parte de libre disposición.

De lo expuesto también se deduce que con la formación de este acervo disminuirá la cuarta de libre disposición al considerar las donaciones irrevocables que el causante ha hecho a terceros en vida, razón por la cual estas donaciones preferirán a los legados, que pueden llegar a no cumplirse o no pagarse, a consecuencia de esta reducción y déficit de bienes. Todo lo cual parece perfectamente lógico, puesto que el causante sólo puede disponer de los bienes que tiene al momento de fallecer, no de los que tuvo antes.

Como lo señalábamos, este acervo tiene un objetivo práctico, que se traduce en la acción de inoficiosa donación. Mediante su interposición, se recuperará el déficit que produce en el as hereditario la colación del exceso de lo donado por el causante. Pasaremos a referirnos a esta acción después de revisar los ejemplos siguientes.

b.3) Ejemplos de formación de un segundo acervo imaginario, según Somarriva.³⁵

En relación al principio de que para la procedencia del segundo acervo imaginario las donaciones deben ser excesivas, pueden presentarse las siguientes situaciones:

³⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 405 a 407.

- i.- Que las donaciones no sean excesivas, en cuyo caso ni siquiera procede la formación del segundo acervo imaginario.
- ii.- Que las donaciones sean excesivas. Procede entonces la formación del segundo acervo imaginario, y éste producirá en definitiva el efecto de limitar la parte de libre disposición, o sea, de disminuir ésta.
- iii.- Que las donaciones sean de tal modo excesivas, que lleguen a lesionar las legítimas y mejoras. No sólo procede en este caso la formación del segundo acervo imaginario, sino que nace la acción de inoficiosa donación.

Analizaremos a continuación estas situaciones, a través de tres ejemplos:

i.- *Las donaciones no son excesivas.*

Acervo (que puede ser líquido o primero imaginario)	\$150.000.000.-
Donaciones irrevocables	\$50.000.000.-
Total:	\$200.000.000.-

Se divide esta suma por cuatro, lo que nos da \$50.000.000.- En este caso, las donaciones no son excesivas porque lo donado irrevocablemente por el causante alcanzó la suma de \$50.000.000.-, cantidad a la que asciende también lo que pudo donar. De tal modo, a pesar de existir legitimarios y haberse hecho donaciones irrevocables a terceros, no procede formar el segundo acervo imaginario, pues las donaciones no son excesivas. Como lo dice el art. 1186, el segundo acervo imaginario se forma sólo cuando hay un exceso en lo donado.

Se diferencia entonces fundamentalmente del primer acervo imaginario que procede en presencia de toda clase de donaciones, sean o no excesivas, y con las solas excepciones indicadas en la ley. En el art. 1185, se acumula toda donación revocable o irrevocable hecha en razón de legítimas o mejoras. En el art. 1186 sólo el exceso de lo donado irrevocablemente a extraños.

ii.- *Las donaciones son excesivas.*

Acervo (líquido o primero imaginario)	\$100.000.000.-
Donaciones irrevocables	\$60.000.000.-
Total:	\$160.000.000.-

Se divide esta suma por cuatro, lo que nos da \$40.000.000.-, cantidad a la cual asciende lo que el causante legítimamente pudo donar. Pero como en realidad donó \$60.000.000.-, existe un exceso de \$20.000.000.- y procede entonces formar el segundo acervo imaginario. Este se forma conforme a lo dispuesto en el art. 1186: el exceso se acumula imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras. O sea, en el ejemplo, a los \$100.000.000.-del acervo líquido o primero imaginario agregamos el exceso que es de \$20.000.000.-, con lo cual se forma un segundo acervo imaginario de \$120.000.000.-

Suponiendo que existan personas con derecho a mejoras, se divide el acervo imaginario en los siguientes términos:

Mitad legitimaria	\$60.000.000.-
Cuarta de mejoras	\$30.000.000.-
Cuarta de libre disposición	\$30.000.000.-

Pero sólo tenemos \$100.000.000.-; esta suma no alcanza al segundo acervo imaginario, que es de \$120.000.000.- Aquí viene precisamente el objetivo de este acervo imaginario.

Las legítimas y mejoras, como asignaciones forzosas que son, se pagan íntegramente. De modo entonces, que los \$60.000.000.- de la mitad legitimaria y los \$30.000.000.- de la cuarta de mejoras deben ser íntegramente pagados. Quiere decir que de los \$100.000.000.- realmente existentes tenemos ya gastados en asignaciones forzosas \$90.000.000.-; restan solamente \$10.000.000.-, los cuales pasan a constituir la cuarta de libre disposición.

Tenemos cumplido así el primer objetivo de este segundo acervo imaginario, que es reducir la parte de libre disposición. En el ejemplo, disminuye de \$

30.000.000.- a \$10.000.000.-, o sea, se reduce en \$20.000.000.-, cantidad a que asciende el exceso de lo donado. Se limita entonces la facultad de testar del causante en la parte de libre disposición, pues ya dispuso en vida de parte de lo que podía asignar libremente por testamento.

Y ¿Qué ocurre con los legados hechos con cargo a la parte de libre disposición? Los legados deben reducirse a la cantidad que en definitiva constituye la cuarta de libre disposición. Como no alcanzarán a pagarse todos por haberse reducido dicha porción de la herencia, se pagarán en primer lugar aquellos que gozan de una causal de preferencia y luego los comunes, y si todos son de igual categoría, se rebajan a prorrata.

iii.- *Las donaciones son de tal modo excesivas que menoscaban las legítimas y mejoras.*

La tercera situación que puede presentarse es la contemplada en el art. 1187: el exceso es de tal magnitud que no sólo absorbe la parte de la herencia de la cual el difunto hubiera podido disponer libremente, sino que menoscaba las legítimas rigurosas o las mejoras. Se forma entonces el segundo acervo imaginario, procediendo en la misma forma anterior.

Ejemplo:

Acervo (líquido o primero imaginario)	\$120.000.000.-
Donaciones irrevocables	\$220.000.000.-
Total:	\$340.000.000.-

Al igual que en los casos anteriores, dividimos esta cantidad por cuatro, lo que nos da \$85.000.000.- Esta suma fue la que el testador pudo libremente donar, y en cambio, lo donado realmente alcanza a \$220.000.000.- El exceso es de \$135.000.000.- Sumamos entonces este exceso al acervo para calcular el acervo imaginario, lo cual nos da: \$120.000.000.- más \$135.000.000.- (exceso de lo donado): \$255.000.000.-, cantidad a la cual asciende el segundo acervo imaginario.

Suponiendo que existan personas con derecho a mejoras, lo dividimos de la siguiente forma:

Mitad legitimaria	\$127.500.000.-
Cuarta de mejoras	\$63.750.000.-
Cuarta de libre disposición	\$63.750.000.-

Sin embargo, sólo existen en efectivo \$120.000.000.-; el exceso de lo donado ha resultado entonces enorme. Con los \$120.000.000.- realmente existentes no hay caso de pagar parte alguna de la porción de libre disposición; tampoco se alcanza a pagar la cuarta de mejoras y hasta la mitad legitimaria se ve afectada y no puede ser satisfecha en su integridad. Para completar las asignaciones faltan \$63.750.000.- de la cuarta de mejoras y \$7.500.000.- de la mitad legitimaria: en total, faltan \$71.250.000.-

Se produce entonces el segundo efecto de este acervo imaginario, más radical que el anterior, consistente en dar nacimiento a la acción de inoficiosa donación, que pasaremos a estudiar seguidamente.

5.8 La acción de inoficiosa donación.

a) Procedencia.

Esta acción la tienen los legitimarios en contra de los donatarios cuando el causante ha hecho en vida donaciones irrevocables excesivas que menoscaban las legítimas rigurosas o mejoras, y que se traduce en la rescisión de dichas donaciones. En el último de los ejemplos citados, no basta con limitar la parte de libre disposición, pues ni siquiera existen fondos para pagar las asignaciones forzosas, o sea, la mitad legitimaria o la cuarta de mejoras. Entonces, el legislador otorga a los legitimarios un

medio más radical para amparar sus legítimas, que consiste en la rescisión de las donaciones irrevocables excesivas.³⁶

En otras palabras, la acción de inoficiosa donación sólo nace cuando el exceso donado por el causante a extraños (vale decir, donaciones que no se han hecho en razón de legítimas o mejoras) supera la cuarta parte de la suma del acervo líquido o del primer acervo imaginario, en su caso, y el total de dichas donaciones. Por lo mismo, las donaciones que se han hecho hasta cubrir dicha cuarta parte, quedan confirmadas. En consecuencia, ninguna disposición del causante podrá llevarse a efecto, si la hay, ya que en vida consumió todo aquello de que podía disponer libremente.³⁷

b) Sujetos activos de la acción.

Pueden intentarla, según Somarriva, tanto los legitimarios como los beneficiados con la cuarta de mejoras.³⁸ Elorriaga es de la misma opinión.³⁹ Rodríguez Grez señala que los sujetos activos son exclusivamente los legitimarios, atendido a que el art. 1187 lo dice en términos formales y explícitos.⁴⁰

c) Sujetos pasivos de la acción.

Según el art. 1187, la acción se dirige en contra de los donatarios que han recibido una donación que excede en todo o en parte a la cuarta de libre disposición, en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes. Primero se persigue al donatario más nuevo, y sucesivamente a los más antiguos, hasta que queden pagadas la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras.⁴¹ Si hubiere donaciones en la misma fecha, podrán afectarse íntegramente o proporcionalmente si ellas son superiores al exceso que se cobra. El valor de la cosa donada debe considerarse al momento de la entrega (tradición) y actualizarse a la fecha de apertura de la sucesión, mediante la aplicación de algún índice de reajustabilidad.⁴²

d) Objeto de la acción.

Es el dejar sin efecto las donaciones hasta completar el pago de las legítimas y mejoras. Señala Somarriva que concuerda con el art. 1187 el art. 1425, ubicado en las normas de las donaciones irrevocables, que dice precisamente que se "rescinden las donaciones irrevocables en el caso del art. 1187".⁴³

El objeto de la acción es por tanto la recuperación por parte de la sucesión del exceso donado. La ley habla de "la restitución de lo excesivamente donado". Por lo tanto, puede subsistir parcialmente la donación, en la parte que no sobrepase la cuarta de que podía disponer a su arbitrio el causante. Para Rodríguez Grez, la sucesión no recupera la cosa donada, sino el valor excesivo o la parte inoficiosamente donada.

El tema, sin embargo, es objeto de opiniones contrapuestas. Hay quienes estiman que el objeto de la acción es la recuperación de la especie o especies donadas. Se fundan para ello, principalmente, en el citado art. 1425, que alude a la "rescisión".

³⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 408.

³⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 356.

³⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 408.

³⁹ Elorriaga De Bonis, Fabián, "Derecho Sucesorio", Santiago de Chile, LexisNexis, año 2005, pp. 449 a 451.

⁴⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 358 y 359.

⁴¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 408.

⁴² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 359.

⁴³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 408.

De esta disposición se concluiría que estaríamos ante una acción de nulidad, que atacaría la donación por adolecer ella de falta de requisitos para que tenga valor. Esta interpretación, sin embargo, como advierte Rodríguez Grez, se estrella contra un hecho fundamental: la nulidad no puede ser sobreviniente, es decir, no puede aparecer una vez celebrado el acto jurídico válidamente. En el caso que se analiza, la causal de nulidad no coexistiría con la celebración de la donación, sería posterior a ella.

De aquí que se haya discutido también sobre la naturaleza jurídica de la acción, cuestión a que nos referiremos más adelante.

Domínguez Benavente y Domínguez Aguila, sostienen al respecto que esta acción conduce a una "*restitución en especie*" o "*reducción en especie*". Señalan tales autores: "...entendemos que nuestro Código contiene un sistema de reducción en especie y sólo subsidiariamente podría pretenderse una reducción en valor, como en el caso de enajenación de lo donado, ya que siendo la acción de inoficiosidad personal, no puede alcanzar a terceros adquirentes".⁴⁴

Rodríguez Grez no comparte tal opinión. Sostiene por su parte que el Código es claro en cuanto a que la acción se deduce para que se restituya "lo excesivamente donado" y no la especie donada, porque bien puede ocurrir que el exceso referido sea una parte del valor de la cosa donada. No se trata, tampoco, de una acción real, sino personal, que se deduce en contra de los donatarios, sea que conserven o hayan enajenado el bien objeto de la donación. El art. 1425 es poco significativo, debido a que son muchos los casos en nuestro Código Civil en los cuales se confunde la naturaleza de la acción (así, por ejemplo, cuando a propósito de la acción pauliana o revocatoria, el art. 2468 erróneamente habla de "*rescisión*").⁴⁵

e) Naturaleza jurídica de la acción.

Directamente vinculado con lo anterior, está el determinar la naturaleza jurídica de esta acción. Para Somarriva, se trata de una acción de *nulidad*, dado que el art. 1425 se refiere explícitamente a la rescisión, o sea, a la nulidad relativa.⁴⁶ Para Domínguez Benavente y Domínguez Aguila, se trataría de una acción de *resolución*, toda vez que la nulidad debe fundarse en un vicio original o coetáneo al acto jurídico, en este caso, a la donación excesiva. Se trataría de una acción resolutoria, porque la donación queda, en cierto modo, sujeta al evento de no ser excesiva al momento de la muerte del donante.⁴⁷ Si aceptamos la tesis de los Domínguez, debiéramos entender que se trata de una donación hecha bajo una condición resolutoria ordinaria, consistente en que al momento de fallecer el donante, no haya dejado un patrimonio que le permita satisfacer el pago de sus asignaciones forzosas, siendo entonces necesario resolver las donaciones. Con todo, esta conclusión tiene un reparo: si se tratare de una condición resolutoria ordinaria, ésta debiera operar *ipso facto*, al fallecimiento del causante, lo que ciertamente no acontece, siendo indispensable deducir la acción de inoficiosa donación. Para Rodríguez Grez, se trata de una acción de *inoponibilidad*. Lo cree así, porque el acto jurídico -donación- es perfectamente válido y surte todos sus efectos, pero no es oponible a los legitimarios en aquella parte que sobrepasa la capacidad de libre disposición del causante. De aquí que estime que su objeto no es dejar sin efecto (anular o resolver) la donación, sino recuperar para los legitimarios el exceso de lo donado por el causante. Confirma lo anterior el hecho de que sea indiferente que el donatario haya enajenado la especie donada, ya que la acción es personal y persigue la restitución de una suma de dinero, representativa del

⁴⁴ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón, "*Derecho Sucesorio*", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, año 2011, p. 1049.

⁴⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 357 y 358.

⁴⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 408.

⁴⁷ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 1.042.

exceso donado. De aquí también que nuestra ley no se haya puesto en el caso de que la especie pase a manos de un tercero, pero sí de la insolvencia del donatario.⁴⁸

Elorriaga, por su parte, descarta que se trate de una acción de nulidad, aunque no se pronuncia por la resolución o por la inoponibilidad.⁴⁹

f) Características de la acción.

f.1) Es una acción de carácter personal.

Lo es, puesto que sólo puede intentarse en contra de los donatarios que hayan sido favorecidos con la donación que causa el exceso de que trata el art. 1187. Es, por lo mismo, indiferente quien detenta la posesión de la cosa al momento de deducirse la acción. Puede ella estar en manos del donatario o de un tercero. En consecuencia, no se traspasa la acción si el actual poseedor de la cosa es persona distinta del donatario, ni puede éste exonerarse de responsabilidad por el hecho de haber enajenado la cosa.

f.2) Es una acción patrimonial.

Puesto que persigue que se entere a los sucesores una determinada suma de dinero, representativa del exceso donado por el causante más allá de su parte libre de disposición.

Consecuencia de esta característica es que la acción de inoficiosa donación sea:

i.- Renunciable, pues su renuncia no la prohíbe la ley y está establecida en el sólo interés del legitimario o asignatario de cuarta de mejoras. La renunciabilidad de esta acción se desprende entonces de la regla general del art. 12.

ii.- Transferible y transmisible. En consecuencia, se transfiere al cesionario de los legitimarios o beneficiados con mejoras, porque éste pasa a ocupar la misma situación jurídica de estas personas, y se transmite igualmente a los herederos de los sujetos activos de la acción.

iii.- Prescriptible, pues esta es la regla general de las acciones. La ley no ha señalado plazo de prescripción, de manera que según Somarriva caben al respecto dos soluciones:

i) En primer lugar, aplicar la regla general del art. 2515 para las acciones ordinarias y concluir que esta acción prescribe en el plazo de 5 años.

ii) En segundo lugar, podría sostenerse que como el art. 1425 califica esta acción de rescisoria, cabría aplicar la regla del art. 1691 respecto de la acción de rescisión. En consecuencia, el plazo para pedir la rescisión de las donaciones duraría cuatro años.⁵⁰

Al respecto, Rodríguez Grez afirma que estamos ante una acción ordinaria que prescribirá en el plazo de 5 años (art. 2515) y que se suspende en favor de las personas enumeradas en el art. 2509 números 1 y 2 (art. 2520).

El plazo de prescripción deberá contarse desde la apertura de la sucesión, ya que será en ese instante cuando se determine la existencia del exceso donado, presupuesto fundamental de la acción.

Se ha sostenido que no puede renunciarse anticipadamente a esta acción. En cuanto a qué se entiende por "anticipadamente", desde luego no puede concebirse que se renuncie con antelación a la muerte del donante, puesto que los herederos carecen de todo derecho a una sucesión futura (y por lo demás, mientras no muera el causante, no tienen tal calidad de herederos). De tal forma, la renuncia sólo puede ocurrir después de la apertura de la sucesión.⁵¹

g) Insolvencia del donatario.

⁴⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 358.

⁴⁹ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 450.

⁵⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 408 y 409.

⁵¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 359 y 360.

Puede ocurrir que la acción se dirija contra un donatario insolvente, esto es, que carezca de medios para satisfacer la restitución, si ella fuere ordenada por sentencia ejecutoriada. El inc. final del art. 1187 establece que, en tal caso, la insolvencia de un donatario no gravará a los otros. De esta norma se concluye que, en esta hipótesis, los legitimarios o sujetos activos de la acción no obtendrán el beneficio patrimonial perseguido y que los demás donatarios no responderán tampoco por el donatario insolvente.

Cree Rodríguez Grez que esta norma revela indirectamente que estamos en presencia de una acción de inoponibilidad, cuyo objeto es la restitución de una suma de dinero representativa del exceso donado. No tiene sentido hablar de insolvencia si lo que se persigue fuera la cosa donada (o sea, si la acción fuera una acción *in re*). Agrega este autor que carece de importancia que el donatario haya enajenado la cosa a un tercero. No tiene aplicación, en esta materia, el art. 1432, que determina en qué casos puede intentarse acción contra los terceros poseedores de la cosa donada. Ello, porque dicha norma se refiere a la resolución, rescisión y revocación de la donación, mientras que la acción de inoficiosa donación sería para tal autor, como decíamos, de inoponibilidad.⁵²

De lo expuesto a lo largo de este capítulo, resulta fácil comprender que las legítimas son en la sucesión forzosa las asignaciones más importantes, sea por su cuantía, por sus titulares, las preferencias y privilegios que les acuerda la ley, la forma en que se calculan, etc. Estos privilegios se expresan, además, en la forma de enterarse y pagarse (materia que analizaremos más adelante). Pero, con lo expuesto, ha quedado claro que en el CC. los legitimarios son los herederos predilectos y que la tendencia sostenida (expresada preferentemente en esta materia en la dictación de las leyes N° 10.271, de 1952, N° 18.802, de 1989, N° 19.335 de 1994 y N° 19.585 de 1998) apunta a mejorar al cónyuge sobreviviente, lo cual se ha conseguido primero asimilándolo entre los legitimarios (Ley N° 19.335) y después derechamente incorporándolo entre los legitimarios (Ley número 19.585). En tal sentido, Mujica Bezanilla y Rodríguez Grez sostenían derechamente la conveniencia imperativa de transformar al cónyuge en legitimario, resolviendo en esta forma una serie de problemas interpretativos que habían enturbiado la recta aplicación de la ley en materia tan importante. Cuesta entender, decía el último de los citados, por qué razón la Ley N° 18.802 no dio al cónyuge la calidad de legitimario, cuando inclusive se le hizo titular de la acción de reforma de testamento, en el caso del anterior art. 1178, inc. 2º, vale decir, cuando concurría en la sucesión junto a descendientes del causante.

⁵² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 360.