

LA TIPOLOGÍA DE LOS LEGADOS EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El artículo ofrece una crítica a la distinción que tradicionalmente viene formulando la doctrina chilena de legados de especie, que atribuyen el dominio, y de género, que confieren un crédito al legatario, porque el Código Civil no establece semejante correlación, y porque hay legados de especie que no generan dominio, sino crédito, y los hay que no generan ni dominio ni crédito. En sustitución, se propone distinguir legados: i) de efecto real; ii) de efecto obligacional; iii) de efecto extintivo de derechos reales; y iv) de efecto extintivo de derechos personales o liberatorios; sin perjuicio de reconocer que los legados, bien de efecto real, bien de efecto obligacional, pueden tener oblicua o reflejamente, además, un efecto extintivo de derechos reales y uno extintivo de derechos personales.

PALABRAS CLAVE: Legados – Legados de especie – Legados de género – Legados de efecto real – Legados de efecto obligacional – Legados de efecto liberatorio – Legados de efecto extintivo de derechos reales – Legados de efecto liberatorio de deudas del testador.

ABSTRACT

This paper criticizes the consideration the Chilean doctrine gives to both legacies in specie, which confer ownership, and legacies of goods and chattels, which grant credit to the legatee, because the Civil Code does not establish such correlation and because there are legacies in specie that do not generate ownership but credit, and there are others that generate neither ownership nor credit. Instead, this paper suggests the following distinctions: (i) of actual effect; (ii) of binding effect; (iii) of rights-in-rem discharging effect; and (iv) of discharging effect of personal and liberating rights. The above does not preclude acknowledging that legacies, either of actual effect or of binding effect may also present, obliquely or straightforwardly, a rights-in-rem discharging effect and a personal rights discharging effect.

KEY WORDS: Legacies – legacies in specie – Actual effect legacies – Binding effect legacies – Liberating effect legacies – Rights-in-rem discharging effect legacies – Legacies having a discharging effect on the testator's debts.

* Catedrático de derecho romano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Casilla postal 4059, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: aguzman@ucv.cl

I. INSUFICIENCIA DE LA DOBLE TIPOLOGÍA
DE LOS LEGADOS DE ESPECIE Y DE GÉNERO**

1. El Código Civil, para el cual son sinónimas estas dos series de expresiones: “sucesión a título singular”, “asignación a título singular” y “legado”, por una parte; y “sucesor a título singular”, “asignatario a título singular”, “asignatario de legado” y “legatario”, por otra, dice en su artículo 951 inciso 3° que “*cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo*” el título es singular¹. En esta norma se contiene la definición legal misma del legado, que es la expresión que normalmente utilizaremos aquí de entre todas las sinónimas. Esa definición consiste, en realidad, en la descripción de dos tipos de legado, formados según el objeto sobre el cual recae la asignación: bien una o más especies o cuerpos ciertos, bien una o más especies indeterminadas de cierto género. Abreviativamente, la doctrina habla de legado de especie y de legado de género. Ella ha completado las nociones legales con la explicación de los efectos que genera cada tipo. Supuesta la aceptación, el legado de especie corporal² atribuye retroactivamente desde la delación su dominio al legatario (vale decir, normalmente, desde la muerte del causante), sin que el heredero alcance a hacerse su dueño, de modo de suceder aquél directamente al difunto en la especie, y de disponer de la acción reivindicatoria³ contra su actual poseedor⁴. El legado de género, en cambio, solo atribuye un derecho personal al legatario contra el gravado con la asignación, uno, varios o todos los heredero (e incluso uno o más legatarios), que son, así, deudores testamentarios, para que sea pagado al legatario, al cual propósito éste dispone de una acción personal, que

** ABREVIATURAS: CLARO SOLAR, L., *Explicaciones*, XV, 3 = CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, XV: *De la sucesión por causa de muerte*, 3 (1942, reimpresión Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, VII); DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II = DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón - DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Derecho sucesorio* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), II; ELORRIAGA, F., *Der. suc.* = ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho sucesorio* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2005); RODRÍGUEZ GREZ, P., *Inst. der. suc.*, I = RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de derecho sucesorio* (2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002), I; SOMARRIVA, M., *Der. suc.*, I = SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho sucesorio* (6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), I.

¹ Cfr. con el artículo 1066 CC.

² Si el legado es constitutivo de un derecho real constituible por legado, lo que se dirá para la especie corporal vale para ese derecho, que entonces puede ser considerado como especie incorporal.

³ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones*, XV, 3, párr. 1045, p. 61; SOMARRIVA, M., *Der. suc.*, I, párr. 362, p. 285; RODRÍGUEZ GREZ, P., *Inst. der. suc.*, I, p. 197; ELORRIAGA, F., *Der. suc.*, párr. 369, p. 313, todos los cuales omiten, empero, matizar que es solo previa aceptación que se adquiere retroactivamente; lo cual no dejan de hacer notar, sin embargo, DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R. *Der. suc.*, II, párr. 817-819, pp. 808-811.

⁴ El legado de especie, que principalmente concede una acción real al legatario contra el actual poseedor del objeto, le da, además, una personal contra el asignatario gravado con el legado por el testador, para reclamarle la entrega de la cosa legada. Este recurso fue una innovación de Justiniano (Iust. Inst. II, 20, 2).

nosotros podemos denominar “acción del testamento”⁵ (*actio ex testamento*)⁶.

2. Así, pues, el legado de especie produce, según la doctrina, efectos dominicales o, más en general, reales, y el legado de género, efectos obligacionales o personales. Sin embargo, una correlación semejante entre legado de especie y de género, por un lado, y efecto real y obligacional, por otro, no aparece establecida por el código. Lo único que puede decirse preliminarmente con exactitud es que: i) el código ciertamente conoce legados con efecto real y con efecto obligacional; y ii) el simple legado de una especie propia del testador, o de un derecho real nuevo sobre especie propia suya, del tipo “lego el fundo Corneliano (o el usufructo del fundo Corneliano) a Ticio”, produce efecto real, en el sentido de dar el dominio o el derecho real al legatario retroactivamente en el día de su delación, supuesta la aceptación; y que el simple legado de género, del tipo “lego un millón, o tantos quintales de trigo, a Ticio”, establece un crédito a favor del legatario contra el asignatario gravado con él, desde el día de la aceptación. Cosa que, por lo demás, tampoco dice *expressis verbis* el código, sino que deriva de la tradición romanística de los legados llamados *per vindicationem* y *per damnationem*, aptos para legar especies en dominio y constituir derechos reales, con efecto real, el primero, y para legar géneros, el segundo, aunque no agotaran así su función, con que la doctrina ha interpretado la versión legal del derecho de legados, apoyada en reflejos indirectos de tal tradición en el código a través de varias disposiciones.

3. Pero fuera de los simples legados de especie y de género, antes dichos, el esquema consistente en la atribución de efectos reales al legado de especie y de efectos obligacionales o personales al de género, no funciona.

a) A veces, en efecto, el legado de una especie genera efectos obligaciones. Así, para limitarnos a casos sencillos, la asignación consistente en ordenar el testador que se adquiriera “una especie ajena” para darla a alguna persona o para emplearla en algún objeto de beneficencia (artículo 1106 CC.), genera efectos obligacionales, aunque recae sobre una especie, como lo dice expresamente el código, y no sobre un género. Lo propio ocurre con el “*legado de especie que no es del testador*” si éste sabía que la cosa no era suya o del asignatario a quien impuso la “*obligación de darla*”, o si se la legó a algún ascendiente o descendiente del testador o a su cónyuge (artículo 1107 CC.).

b) En seguida, nada obsta a que el testador quiera que cierta especie suya no pase directamente a la persona a quien desea favorecer por causa de muerte a título singular, sino por intermedio de un heredero, que quede obligado a hacer su tradición en cierto momento posterior a su muerte. Para un propósito semejante, lo adecuado es precisamente que, pese a tratarse de un legado de especie, el testador imponga tal obligación a su heredero; y lo mismo será cuando quiera que un derecho real de usufructo, uso, habitación o servidumbre sobre una especie

⁵ Cfr. el artículo 1373 inciso 1° CC.: “*acciones a que les* [a los acreedores testamentarios, o sea, principalmente a los legatarios] *da derecho el testamento*”, si bien es cierto que en esa expresión también cabe la reivindicatoria.

⁶ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones*, XV, 3, párr. 1045, p. 61; SOMARRIVA, M., *Der. suc.*, I, párr. 363, p. 286-287; DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 795, pp. 784; RODRÍGUEZ GREZ, P., *Inst. der. suc.*, I, p. 199-200; ELORRIAGA, F., *Der. suc.*, párr. 370, p. 314.

de su propiedad sean adquiridos por el legatario, no directamente, sino por acto entre vivos de un heredero.

c) Comparecen también los legados que importan la condonación de una deuda. Al respecto, aunque es verdad que estos legados pueden ser de especie o de género, en dos sentidos respectivamente: i) si el objeto mismo de la deuda condonada es una especie; y ii) si la deuda condonada misma está especificada; o bien i) si el objeto de la deuda condonada es un género; y ii) si recae sobre un género de deudas, como, por ejemplo, tres de los cinco saldos de precios de compraventa que Ticio, el legatario, debe al testador; más verdad es que todo ello resulta irrelevante para el efecto del legado, que no es necesariamente real, en el sentido de atribuir el dominio o la titularidad de un derecho real; ni necesariamente obligacional, en el sentido de obligar a algo al gravado con el legado; sino un efecto liberatorio o condonatorio, derivado de la extinción de la deuda del legatario, cuando se acepta la tesis de que la condonación por legado opera *ipso iure* y *recta via*⁷. Si se sostiene, en cambio, la tesis de advenir la condonación, no directamente, sino a través de un acto remisorio entre vivos del asignatario, ahora acreedor y gravado con el legado, y el legatario-deudor, este legado, no bien sea de especie, en los sentidos indicados, sería siempre obligacional.

Este recuento de casos es, por ahora, bastante para advertir la insuficiencia de ligar con la doble tipología de legados de especie y de género el efecto real y obligacional, respectivamente.

4. Si ello es así, la función del artículo 951 inciso 3° CC. al definir el legado por su objeto, bien una especie, bien un género, no es para atribuir a cada tipo así definido unos efectos –reales u obligacionales–, sino diferenciar al legado de la herencia, desde el punto de vista del objeto sobre el cual recae una u otra figura: mientras el título universal, vale decir, la herencia, hace suceder al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, según dice el inciso 2° de ese mismo artículo, el título singular, o sea, el legado, tan solo hace suceder en algún elemento patrimonial singular, lo que el legislador no supo expresar de otro modo que mediante la fórmula empleada en el inciso 3°: una o más especies o cuerpo ciertos, o una o más especies indeterminadas de cierto género. Tal es el punto decisivo y que constituye la razón suficiente de la disposición, como, por lo demás, quedó explicado en una nota adosada al artículo 2 del título 1° del libro *De la sucesión por causa de muerte*, del *Proyecto de Código Civil*, publicado en *El Araucano* N° 561, de 21 de mayo de 1841 (parte, pues, del llamado “Proyecto de 1841-1845”). El citado artículo 2 corresponde a la primera redacción del futuro artículo 951 CC. En él se definía la herencia como la “colección de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona difunta, o una cuota determinada de dichos bienes, derechos y obligaciones, como la mitad, tercio o quinto” (inciso 1°); y el legado, como “el don de una determinada especie,

⁷ Aunque pueda hablarse, en tal caso, de un efecto condonatorio real, en oposición a un efecto condonatorio obligacional, cuando este último se produce merced a una remisión operada entre vivos por el asignatario, ahora acreedor, y gravado con el legado, a favor del legatario deudor. Sigue en pie, con todo, que el mentado efecto real no lo es en el sentido de establecer el dominio o un derecho real, y el nombre dado es otro para significar el efecto *ipso iure* o *recta via*.

cantidad o género, que se hace por causa de muerte” (inciso 2°); y se agregaba que: “*El que sucede a título de herencia se llama heredero, y el que sucede a título de legado, legatario*” (inciso 3°). La nota (h) llamada al final de este inciso 3° glosaba la disposición entera, así: “*La diferencia entre la herencia y el legado se hace consistir en la naturaleza de la disposición, y no en las palabras materiales que la expresan. Si se dejan a una persona todos los bienes o una cuota de ellos, esta persona es heredera; si una cantidad, especie o género, será legatario*”. Añadía: “*Cuando se dejan a una persona todos los bienes [...] será, en suma, por la naturaleza de la disposición, un heredero universal, pues lo que constituye al heredero universal y lo que le hace un verdadero representante del difunto, es el derecho a todos sus bienes y acciones y la responsabilidad de sus deudas. / Lo mismo se verifica cuando se deja una cuota de los bienes, como la mitad, tercio o quinto, excepto que el asignatario de cuota sucede en los bienes, derechos y obligaciones a prorrata de su cuota*”. Pero “[...] cuando se deja a una persona una especie, cantidad o género, es evidente que los derechos del asignatario están circunscritos por la naturaleza de la disposición a la misma especie, cantidad o género. Supongamos que el testador le hubiese instituido heredero de una casa. ¿Qué título le darán esas palabras para pretender el dominio de una hacienda de que el testador no ha dispuesto? [...] / Importa, pues, poco o nada que el testador llame al asignatario de una cuota legatario, o al asignatario de una cosa singular, heredero. El primero, por la naturaleza de la disposición, es necesariamente heredero, y el segundo, legatario”⁸.

Estos textos mantienen validez para el actual artículo 951 CC., e ilustran correctamente su contenido. A través de ellos se hace visible el interés del codificador por distinguir la herencia del legado sobre la base del objeto, universal o singular, de cada cual (lo que Bello denominó la “*naturaleza de la disposición*”), con independencia de los términos empleados por el testador para describir su asignación (o sea, las “*palabras materiales que la expresan [la disposición]*”).

Con la nueva norma, Bello reaccionó —como, por lo demás, lo dice expresamente en la nota (h)⁹— en contra del antiguo derecho castellano, representado por Part. VI, 3, 14, que consideraba heredero al designado como tal, pero en una cosa determinada¹⁰. También, aunque esta vez no lo dice, en contra del código

⁸ Los textos transcritos de la nota (h) al artículo 2 del título 1° del “Proyecto de 1841-1845”, en BELLO, Andrés, *Obras completas de don [...]* (Santiago de Chile, por Pedro G. Ramírez, 1887), XI: *Proyectos de Código Civil*, p. 5.

⁹ En ella (véase la nota anterior) escribe: “*Esto [sc. que el asignatario de una cosa sea legatario y no heredero] se opone a la ley 14, tit. 3°, Partida 6ª, donde se establece [...]*”.

¹⁰ Se trataba de la *institutio heredis ex certa re*: si el testador instituye heredero de una cosa cierta (“*una cosa señalada*” dice la ley 14) a alguien y no designa otro heredero, ese solo lleva todos los bienes; si designa a dos como herederos de respectivas cosas ciertas sin disponer de los demás bienes, cada asignatario lleva la mitad de la herencia; y si designa a uno en una cierta cosa, y a dos en otra, el primero lleva la mitad y los dos restantes, un cuarto cada uno. La ley 14 termina con estas palabras válidas para todos los casos “*Pero cada uno destes deve aver adelantada aquella cosa en que fue establecido por heredero*”, lo cual significa que en la parte de la herencia que toca a cada cual debe ir incluida la “*cosa señalada*” en que fue designado. En el derecho romano, hasta Sabino (contemporáneo de Tiberio emp., siglo I d. C.), una institución *ex certa re* era nula, por contravenir el carácter universal de la herencia; pero Sabino, para salvar el testamento, propuso interpretar la verdadera voluntad del testador tras tan contradictoria institución, declarando que

francés, que conoce un legado universal, sobre todos los bienes¹¹; un legado a título universal, sobre una cuota de los bienes¹²; y un legado particular, sobre cosas determinadas¹³, que igual da que sean llamados institución de heredero o legado¹⁴. Estos antecedentes se convierten en una prueba más de la verdadera, y única, razón del artículo 2 del título 1° del “Proyecto de 1841-1845” devenido en artículo 951 CC.

Ahora bien, del modo de explicar el carácter forzosamente singular del objeto del legado – “*especie, cantidad o género*”, en el proyecto; “*una o más especies o cuerpos ciertos o una o más especies indeterminadas de cierto género*”, en el código–, se puede, por cierto, deducir una clasificación de los legados, aunque establecerla no fue la razón de la norma; pero no se puede deducir el efecto, real u obligacional que cada clase deducida genera. A la inversa, el código conoce ambos efectos, pero en ninguna parte los liga necesariamente con el objeto específico o genérico del legado. Se trata, pues, de figuras independientes.

5. En el presente trabajo prescindiremos de la distinción de legados de especie y de género en cuanto base rígida de su clasificación, sin perjuicio de usar aquella cuando sea menester; y exploraremos la posibilidad de tipologizarlos desde la perspectiva de sus efectos.

De acuerdo con ellos, los legados pueden ser: i) de efecto real; ii) de efecto obligacional; iii) de efecto extintivo de derechos reales; y iv) de efecto extintivo de derechos personales o liberatorios. Ahora bien, los legados, bien de efecto real, bien de efecto obligacional, pueden tener oblicua o reflejamente, además, un efecto extintivo de derechos reales y uno extintivo de derechos personales.

En muchos casos, esta tipología encaja perfectamente en los dictados del Có-

aquél había querido designar herederos, lo cual conducía a prescindirse de la parte de la institución en que se la aplicaba a una *certa res*, así que el o los herederos designados quedaban convertidos en herederos *sine partibus*. De este modo, la institución como herederos de Ticio sobre el fundo Corneliano y de Cayo sobre el fundo Capeno, por ejemplo, equivalía a la institución de Ticio y Cayo como herederos, sin designación de parte o cuota; lo que en el caso implicaba asignar una mitad de la herencia a cada cual. Papiniano completó esta solución recomendando que en la partición se atribuyese a los herederos *ex certa re* la *res* a ellos asignados, para así respetar aún más cabalmente la voluntad del testador, quien de todos modos había querido que tal *res* llegase a tal heredero; de forma que, en definitiva, la *institutio ex certa re* funciona “en vez de *praeceptio*” (*vice praeceptionis*), como si se dijera, un prelegado, que es lo que dice la parte de la ley 14 antes transcrita (en donde “*deue avuer adelantada*” quiere manifestar la idea de la expresión latina *vice praeceptionis*). Para la *institutio ex certa re* en el derecho romano, que acabamos de resumir, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996 y varias ediciones posteriores), II, § 217, pp. 448-449. Bello cita expresamente la ley 14 de las *Partidas*, basada en las ideas romana; pero le atribuye erróneamente fundarse en el viejo principio, también romano, de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, derogado por la ley única del tít. 19° del “Ordenamiento de Alcalá” (1386), que fue recogida en Nov. Recopil. (1805), Lib. X, tít. 18°, ley 1ª, que Bello cita, pero con el cual, tanto la original nulidad, como la posterior validación de la *institutio ex certa re*, nada tiene que ver.

¹¹ CCFr., art.º 1003-1009.

¹² CCFr., art.º 1010-1013.

¹³ CCFr., art.º 1014-1024.

¹⁴ CCFr., art. 1002.

digo Civil; cuando ello no ocurre, disponemos del artículo 1069 CC., que reza: “Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efectos de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos y prohibiciones legales”, teniendo presente que la dicción de este artículo es con más fuerza aplicable “a falta de reglas dadas en este título” (el 4º del libro III). Es merced a él que varias de las construcciones y figuras que propondremos encuentran su respaldo legal, en la medida en que no queden comprometidos con ellas los requisitos y prohibiciones legales, ni, agregaremos, el vigor de los principios o la consistencia y coherencia del sistema.

II. LEGADOS DE EFECTO REAL

1. Legado de efecto real es aquel que atribuye inmediatamente al legatario: i) el dominio de una cosa corporal del testador; o ii) la titularidad de un preconstituido derecho real transmisible suyo; o iii) la titularidad de un tal derecho, pero constituido por el legado mismo en cosa del testador; o iv) la titularidad de un crédito preexistente de éste; de modo de hacerse el legatario dueño de la cosa, o titular del derecho real legados y, en ambos casos, disponer de la pertinente acción real; o bien de hacerse titular del crédito legado, y disponer ahora de la correspondiente acción personal para exigirlo. En otra terminología más compacta, se puede decir que este legado hace adquirir el dominio de una cosa corporal o el cuasidominio¹⁵ de una cosa incorporeal. Por consiguiente, la característica de este legado no consiste en dar una acción real. La naturaleza real o personal de la acción de que dispone el legatario depende, en cambio, de la naturaleza del derecho sobre que recayó el legado y adquirió el legatario, que si es real, será también real, y si es personal, personal. En el primer caso, la acción es normalmente la reivindicatoria de cosas y derechos reales (artículos 889 y 891 inciso 1º CC.); en el segundo, la acción personal tocante al crédito adquirido por el legado, que con aquél pasa, pues, al legatario.

2. Hacen parte de esta clase de legado las siguientes asignaciones:

a) El legado de una cosa corporal no fungible¹⁶, que el código denomina especie o cuerpo cierto¹⁷, siempre que pertenezca al testador¹⁸, del tipo: “Lego y hago

¹⁵ Para esta terminología, equivalente a titularidad de derechos, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 119 ss.

¹⁶ La cosa puede ser futura, pero el legado vale si aquélla llega a existir (artículo 1113 CC.).

¹⁷ El testador, por su lado, puede legar, desde luego, la especie que tiene en dominio singular, pero también una cuota *pro indiviso* de ella (arg. ex artículo 1124), y es tal lo que el legatario entonces adquiere, de modo de disponer ahora de la reivindicatoria *pro parte indivisa* a que se refiere el artículo 892 CC. Si no obstante, se lega la especie entera, aunque en ella solo tenía una cuota el testador, no se anula el legado como de cosa ajena en el exceso, sino que se presume que quiso legar la cuota que tuvo (artículo 1110 CC.), así que igual queda aquél restringido a ésta.

¹⁸ Artículo 1107 CC.: “El legado de especie que no es del testador [...] es nulo”; así que el legado real de especie exige que ésta pertenezca al testador, a menos que, habiendo sido ajena al momento de testar, haya pasado a su dominio antes de morir, pues entonces se valida (artículo 1108 CC.).

propietario de mi fundo Corneliano a Ticio”, o: “Doy y lego mi fundo Corneliano a Ticio”, y cada vez que el testador use palabras (no sacramentales, desde luego) de sentido real que correspondan a una voluntad en el mismo sentido, como las indicadas¹⁹. La asignación hace dueño²⁰ *ipso iure* al legatario retroactivamente desde la delación, supuesta su aceptación (artículo 1239 inciso 2° CC.), y le da la acción reivindicatoria contra el actual poseedor de la especie (artículo 889 CC.), aparte de una personal contra el asignatario gravado para obtener su entrega²¹.

De este legado no trata especialmente el código; pero sí en forma indirecta, aunque algunas disposiciones lo miran como si fuera exclusivamente de efecto obligacional, en términos de “obligación de dar la cosa” o de que “se deberá” ella (artículos 1108 y 1111 primera parte CC.). Si de obligación se trata, empero, solo es aceptable una de hacer por parte del o de los herederos (eventualmente de un legatario), en orden a entregar materialmente la especie al legatario que aceptó, que es ya su dueño; a ella acabamos de referirnos desde el punto de vista de su acción.

b) El legado de derechos reales, preconstituidos, principales y transmisibles, pertenecientes al testador. A él se refiere el artículo 1227 CC.: “*Pueden legarse no solo las cosas corporales, sino los derechos y acciones*”, pues las expresiones “legarse” incluye también al legado real, y “los derechos” envuelve a los reales y personales,

¹⁹ Si se lega una especie propia con indicación del lugar en que está guardada y no se encuentra ahí, pero sí en otra parte, el legado vale, y se aplica a esa especie con prescindencia de la indicación falsa del lugar, o que se hizo falsa tal vez por haberse cambiado de localización la cosa después de confeccionarse el testamento (artículo 1111 primera parte CC.). Es una aplicación de la regla “*falsa demonstratio non nocet*” (“una *demonstratio* falsa no daña”), en donde *demonstratio* significa la cualificación que el testador atribuya al sujeto o al objeto de su asignación, para describirlo o individualizarlo: véase, al respecto, GUZMÁN BRITO, A., *DPR*, cit. (n. 10), II, pp. 475 ss., 695. Si el testador dice: “Lego el fundo inscrito a fojas tanto, etcétera, sito en Talca” y el fundo así inscrito está sito en Linares, se prescinde de la expresión, que es una *demonstratio*, “sito en Talca”, y el legado se aplica al fundo individualizado según su inscripción, así que “*falsa demonstratio non nocet*”. Esta regla, por lo que toca al sujeto, se halla contenida en el dictado del artículo 1057 CC., y por lo que atañe al objeto, en el del artículo 1058 CC., *a contrario*. El artículo 1111 citado dice que “*se deberá la especie*”, en términos, pues, obligacionales; pero si el legado fue dispuesto en términos reales, no hay inconvenientes para aplicarle las reglas de los legados de ese tipo de efectos. Cuando la especie no se encuentra en parte alguna y el legado no es a favor de algún ascendiente o descendiente o del cónyuge del testador, carece de todo efecto (artículo 1111 segunda parte CC.), porque, o bien nunca existió la cosa en ningún lugar, y el legado es nulo por falta de objeto; o bien alguna vez existió en el lugar indicado, pero quizá se destruyó o fue enajenada, y por ello no se la encuentra en ese lugar ni en otro, y entonces el legado fue revocado (artículo 1135 CC.). Ahora bien, la segunda parte del artículo 1111 CC. evita hacer estas indagaciones y directamente y sin más excluye a las personas legatarias que no sean las antes indicadas, como legitimadas para pedir una especie de mediana calidad del mismo género. Cuando el legado en términos reales fue dispuesto a favor de un ascendiente o descendiente o del cónyuge del testador, deja de ser real y se hace obligacional, como se verá más abajo, III, 2, j).

²⁰ Como la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir (artículo 588 CC.), y el legado es un tipo de tal sucesión (a título singular: artículo 951 inciso 1° CC.), se deduce que, cuando lo legado es una especie, el legatario, porque sucede al testador en esa especie (artículo 951 inciso 3° CC.), precisamente adquiere su dominio.

²¹ Véase la nota 4.

y es como si la norma dijera: “Pueden legarse no solo las cosas corporales, sino las incorporales”, ya que “cosa incorporal” equivale a “derechos” (artículo 565 inciso 3° CC.) y, más específicamente, a “derechos reales y personales” (artículo 576 CC.).

Ahora bien, un legado de derechos reales preconstituidos solo es posible con respecto al derecho real de censo (artículo 2043 CC.: en donde “*por testamento*” significa especialmente “por legado”), a los derechos de pedimento, manifestación, exploración y explotación (artículo 2 CM.), que podemos envolver bajo la categoría de derechos reales (administrativos) mineros²², al derecho de aprovechamiento de aguas (artículo 21 CA.), al derecho moral de autoría, pero sólo al cónyuge sobreviviente o a las personas que tienen título legal para haber sucedido ab intestato al autor (artículo 15 L. N° 17.336), al derecho patrimonial de autor²³; y al derecho de patente “industrial” (artículo 14 L. N° 19.030)²⁴.

El titular en vida de tales derechos, pues, los puede legar con efecto real, mediante formulaciones del tipo: “Doy y lego el derecho de explotación de la mina tal a Ticio”, de modo que el derecho legado se defiera al legatario con su muerte (o al cumplirse la condición suspensiva impuesta), y se haga él mismo el titular con la aceptación del legado, pero retroactivamente al momento de la delación. Merced a él, el legatario dispone de la acción reivindicatoria de derechos reales (artículo 891 inciso 1° CC.) contra todo aquél que niegue la existencia de su derecho, poseyendo la cosa sobre que éste recae o ejerciendo de hecho el derecho ajeno. Los demás derechos reales, o son intransmisibles y se extinguen con la muerte de su titular, como los de usufructo, uso y habitación; o son accesorios y no se pueden trasladar de titular, por transferencia o transmisión autónomas, sino con la cosa a que acceden, como los de servidumbres, prendas e hipotecas (artículo 1125 CC.), o con el crédito que garantizan, como los de prenda e hipoteca (arg. ex artículo 1906 CC.).

Mención aparte exige el derecho real de herencia, respecto del cual cabe preguntarse si puede ser legado por su actual titular. Que sepamos, solo Domínguez & Domínguez han planteado el punto, negando la posibilidad de un tal legado, aunque citan doctrina extranjera que la acepta²⁵. La hipótesis exacta consiste en que

²² Esta categoría ha sido introducida en Chile gracias a los trabajos de Alejandro Vergara Blanco, que se pueden ver citados en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales*, cit. (n. 15), p. 84 n. 135.

²³ Sobre el carácter real de estos derechos de la llamada propiedad intelectual, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales*, cit. (n. 15), pp. 88-89.

²⁴ Acerca del carácter real del que llamamos derecho industrial de patente o de la llamada propiedad industrial, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales*, cit. (n. 15), p. 90.

²⁵ DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 802, 1 y 2, pp. 791-792 (ya en la primera edición de 1990, II, párr. 802.1, pp. 142 s.): “[...] si al redactar el acto de última voluntad el testador es asignatario de una herencia, que no ha aceptado ni repudiado, lo que tiene es el denominado *derecho de opción*, y que es lo único que puede transmitir (vid. N° 147), por el ministerio de la ley. Por testamento no puede hacerlo, porque si dispone de él importa aceptarlo”. Por nuestra parte, tratamos el punto en GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales*, cit. (n. 15), 1ª edición, p. 192, que cita ELORRIAGA, F., *Der. suc.*, p. 311, sin pronunciarse; y en la 2ª ed., p. 199.

la persona a quien se ha deferido una herencia, que ha aceptado en vida²⁶, estando aquélla aun indivisa, lega el pertinente derecho de herencia a otro individuo. Nos basamos en que esa persona podría ceder entre vivos el mismo derecho (artículos 1909-1910 CC.), y en que ciertamente lo transmite como parte de su propia herencia testamentaria o intestada al morir, así que no se ve por qué no podría transmitirlo también por causa de muerte, solo que por legado. En ello no hay ningún principio, mandato o prohibición transgredidos. Este legado es de cosa (incorporal) singular: se trata, en efecto, de la herencia de Ticio, o del derecho real de la herencia de Ticio; lo cual es necesario advertir para que no desoriente el hecho de constituir una universalidad esa herencia, de modo de creerse ser, por ende, incompatible tal objeto con el carácter singular de todo legado. Por lo demás, ese carácter se refiere al patrimonio del testador: no puede él legar la universalidad de sus bienes, o una cuota de ellos, pues tal sería una herencia. Ahora bien, al legar la herencia de Ticio, el testador no lega la universalidad de sus bienes o una cuota de ellos, sino un bien singular suyo, precisamente el derecho real sobre la herencia de Ticio. Así que, si se desea expresarlo en otra terminología, este legado es de especie incorporal.

c) El legado constitutivo de un derecho real nuevo sobre cosa perteneciente al testador, lo que es posible con respecto a los derechos de usufructo (artículo 766 N° 2 CC.; cfr. artículo 1368 CC.), uso y habitación (artículo 812 CC.), de servidumbre (artículo 880 CC.) y de censo (artículo 2023, en donde “*por testamento*” significa particularmente “por legado”), que también da la reivindicación del derecho real nuevamente constituido (artículo 891 inciso 1° CC.) en los mismos términos que en el caso anterior. Los demás derechos reales no se pueden constituir por legado, bien porque su constitución solo está permitida entre

²⁶ Los autores primeramente citados en la nota anterior recuerdan que si un heredero aun no ha aceptado la herencia que se le definió, y que, por ende, entretanto solo tiene el derecho de optar entre aceptarla o repudiarla, tal derecho solo puede transmitirlo por el ministerio de la ley a sus herederos (artículo 957 CC.), y no podría asignarlo testamentariamente, porque ello importaría aceptar la herencia. En primer lugar, digamos que, en efecto, el testador no podría legar el derecho de opción, porque ello es incompatible con el derecho de transmisión establecido por el antes citado artículo a favor de los herederos, al importar la derogación de un efecto legal que parece indisponible; así que no es posible pensar en legar el derecho de opción. Pero distinto es que legue la herencia misma, o el derecho real sobre ella, respecto de la cual situación hay que distinguir dos hipótesis: i) que antes de testar tenía ya aceptada la herencia; y ii) que al testar aun no la había aceptado. La primera hipótesis va discutida en el cuerpo. Por lo que atañe a la segunda, aunque es cierto que el legado de una herencia aun no aceptada importa aceptación tácita de ella (artículo 1241 CC.), y entonces automáticamente se pasaría a la primera hipótesis, negaremos sin más la posibilidad de poder procederse así, porque es claro que ello envuelve la burla del derecho de transmisión de los herederos. En efecto, desde el punto de vista del causante, es lo mismo legar a Ticio el derecho de optar entre aceptar y repudiar la herencia de Cayo deferida al testador (y, por ende, aun no aceptada ni repudiada por él mismo), y legarle la herencia de Ticio precedentemente no aceptada por el testador, pero aceptada tácitamente por él con tal legado, aunque desde el punto de vista del destinatario no sea sutilmente lo mismo, pues, en el primer caso, se supone que el legatario, aun aceptando el legado, podría aceptar o repudiar la herencia de Cayo, mientras que en el segundo, si acepta el legado no podría repudiar la herencia, y solo le cabría repudiar el legado mismo.

vivos, como los de prenda e hipoteca, o por medio de un hecho legal, como la creación de la obra en el caso de los derechos de la llamada propiedad intelectual (artículo 1 L. N° 17.336), o merced a un acto administrativo (y a veces por la ley) regido por el derecho público, como en el caso de los derechos reales mineros, de aprovechamiento de aguas y de los derechos de la llamada propiedad industrial. El derecho real de herencia no puede ser constituido por legado, pues él es un efecto de la sucesión a título universal.

d) El legado de un crédito perteneciente en vida al testador, vale decir, de que éste era el acreedor contra un tercero, que con el legado aquél transmite al legatario, quien se hace su titular y, por ende, su acreedor. A este legado se refiere el artículo 1127 CC. “*Pueden legarse no sólo las cosas corporales, sino los derechos y acciones./ Por el hecho de legarse el título de un crédito se entenderá que se lega el crédito./ El legado de un crédito comprende el de los intereses devengados; pero no subsiste sino en la parte del crédito o de los intereses que no hubiere recibido el testador*”.

Esta regulación es incompleta. Desde luego, no alcanza a expresar cómo adquiere el legatario el crédito a él legado: si directamente y *mortis causa*, de modo de hacerse aquél *ipso iure* su titular (supuesta la delación y la aceptación, por cierto), o bien merced a una cesión del crédito legado que debe hacerle el asignatario gravado con el legado, por manera de adquirirlo, en realidad, entre vivos. Dicho en otros términos, el código no dice si este legado produce efecto real o sólo obligacional. Claro Solar, sin plantear el problema, se pronuncia directamente por la segunda alternativa²⁷. En la misma condición, Somarriva se pronuncia *obiter* por la primera, bajo la consideración de ser de especie o cuerpo cierto este legado²⁸; lo propio hacen Domínguez & Domínguez²⁹; Rodríguez Grez también se inclina por conceder el efecto real³⁰; y Elorriaga lo afirma decididamente³¹.

El efecto real, fundado en ser de especie o cuerpo cierto este legado, no es necesario, atendida la inconexión existente entre tal efecto y el hecho de recaer sobre especies un legado, según hemos venido demostrando. Pero, en realidad, no es forzoso escoger. Las dos alternativas son posibles, según la voluntad del testador, en aplicación del artículo 1069 inciso 1° CC., y ninguna de ella se opone a los principios del código ni a alguna prohibición o regulación potestativa. Nada obsta a que el testador quiera, en efecto, que tal crédito suyo sea inmediata y directamente de Ticio, o que su heredero quede obligado a ceder tal crédito suyo a Ticio, aunque a veces puedan presentarse problemas de interpretación de su

²⁷ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones*, XV, 3, párr. 1109, a), p. 98: “El legado de crédito debido al testador o a su heredero da al legatario la facultad de exigir la cesión del crédito [...]”.

²⁸ SOMARRIVA, M., *Der. suc.*, I, párr. 372, p. 295: “[...] el legado de un crédito es un legado de especie o cuerpo cierto y el legatario adquiere el legado por sucesión por causa de muerte desde el momento del fallecimiento del testador”.

²⁹ DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 808, p. 795: “[...] el legado de un crédito lo es de cosa específica y determinada, si bien intelectual. El dominio [sc. del crédito] pasa al legatario *recta via*. Es éste el que, a partir de la aceptación, tiene la titularidad de la acreencia, objeto del legado”.

³⁰ RODRÍGUEZ GREZ, P., *Inst. der. suc.*, I, p. 212: “La adquisición del crédito de parte del legatario opera de pleno derecho, por la sola aceptación del legado [...]”.

³¹ ELORRIAGA, F., *Der. suc.*, párr. 388, p. 328.

modo de expresarse. En la duda insalvable, con todo, creemos que debe preferirse el tipo real, por ser más directo, y obsequiar mejor a la voluntad del testador. En tales condiciones, con toda razón, podemos instalar el legado de crédito bajo forma real dentro del presente capítulo precisamente relativo a los legados de tal efecto; y habremos de dejar para después el examen de la posibilidad de legarlo obligacionalmente³².

El efecto típico del legado de un crédito no es, por supuesto, dar acción reivindicatoria al legatario, porque un crédito no se puede exigir mediante ella. El legatario dispone de la acción personal propia del crédito legado; y si, por ejemplo, éste provenía de un mutuo, le queda expedita la acción del mutuo (*conductio*), si provenía de un saldo de precio de compraventa, la acción de la venta, etcétera. El legado del crédito, pues, incluye a su acción. El artículo 1127 CC. “*Pueden legarse no sólo las cosas corporales, sino los derechos y acciones*”, da la sensación de tratarse de objetos distintos y separados los derechos y las acciones; pero, atendido lo dispuesto por el artículo 578 parte final CC., el cual, después de definir los derechos personales o créditos, añade: “*De estos derechos nacen las acciones personales*”, resulta que, legado un crédito, se entiende legada la acción que emana de ese crédito³³.

Solo en las hipótesis excepcionales en que un crédito puede ser poseído por otro que su titular, como en la de los créditos corporificados en un título, si es el caso del crédito legado, puede configurarse una reivindicación a su respecto³⁴, recuperado el cual, el legatario podrá ejercer la pertinente acción personal encaminada a exigirlo.

III. LEGADOS DE EFECTO OBLIGACIONAL

1. Legado de efecto obligacional es aquel que genera una obligación nueva de dar, hacer o no hacer, a cargo de uno, varios o todos los herederos instituidos por el testador (o de un legatario) y, correlativamente, un crédito en favor del legatario contra el o los asignatarios gravados, frente a los cuales dispone de una acción personal de cumplimiento, llamada acción del testamento (*actio ex testamento*). Se notará, ahora, que esta acción, aunque personal, es distinta de la acción del mismo tipo que compete al legatario cuando un legado de efecto real tiene por objeto cierto crédito preexistente del testador, que lo transmite con su respectiva acción personal a ese legatario³⁵. En tal caso la acción es variable porque es una emanación del variable objeto crediticio del legado. La acción del testamento,

³² Véase más abajo III, 2, g).

³³ Discutible es la opinión de SOMARRIVA, *Der. suc.*, I, párr. 372, p. 295, aceptada por ELORRIAGA, F., *Der. suc.*, párr. 388, p. 328, en orden a que, como el deudor del crédito legado a alguien, no tiene por qué conocer la existencia del testamento, podría pagar a los herederos, a quienes cree sus acreedores como sucesores del difunto, caso en el cual el legatario podría dirigirse contra ellos para que le entreguen el monto de lo pagado por el deudor. Como es verdad que el deudor no tiene por qué conocer la existencia del testamento, podría en efecto, pagar a los herederos; pero eso es un caso típico de pago indebido; así que él debe repetir de los herederos, y pagar correctamente al legatario.

³⁴ Al legado del título de un crédito se refiere el artículo 1127 inciso 2º CC. Sobre el punto de su reivindicabilidad, véase GUZMÁN BRITO, *Las cosas incorporales*, cit. (n. 15), pp. 232-234.

³⁵ Véase más arriba, II, 1 y 2, d).

de que aquí tratamos es, en cambio, única y constante, y no proviene del objeto del legado, sino del legado mismo. Todo ello, sin perjuicio de que puedan acumularse ambas acciones, la testamentaria y la proveniente del objeto del legado, precisamente cuando éste es obligacional y recae sobre un crédito, como veremos más adelante (III, 2, g).

2. Pertenecen a esta clase de legado las siguientes asignaciones:

a) El legado obligacional de una cosa corporal no fungible, o sea, de una especie o cuerpo cierto, perteneciente al testador³⁶, del tipo: “Que mi heredero (o tales herederos, o todos mis herederos, o, incluso, un legatario) quede obligado a dar mi fundo Corneliano a Ticio”, o bien: “Que mi heredero dé mi fundo Corneliano a Ticio”, o asimismo: “Ordeno a mi heredero dar mi fundo Corneliano a Ticio”. Sin necesidad de tener que usar palabras sacramentales, por cierto, se tiene este legado cada vez que el testador use cualesquiera palabras de sentido obligacional, como las indicadas a modo de ejemplo.

El código se refiere a este legado en el artículo 1107 CC., en donde la expresión “*El legado de especie que [...]*” envuelve al tipo real y al obligacional. Por lo demás, que el testador puede usarlo es algo que debemos reconocer en obsequio al artículo 1069 inciso 1° CC. Aquél es, pues, libre para legar un cuerpo cierto suyo por vía real u obligacional. En la duda insalvable, empero, de tratarse de uno u otro tipo, como si dispone: “Lego mi fundo Corneliano a Ticio”, que es una fórmula ambigua, porque admite la doble interpretación de ser real u obligacional el legado, debe preferirse el tipo real, por ser el que más perfecta y directamente hace merced a la voluntad del testador de que una cosa cierta pase al legatario.

Como consecuencia de lo expresado al comenzar este capítulo, el legatario dispone de la acción del testamento (*actio ex testamento*) para exigir el pago de la cosa cierta al asignatario gravado con el legado, que es su deudor. El legatario, pues, la adquiere entre vivos, por tradición *solvendi causa*.

Se asimila al legado obligacional de especie, el legado obligacional de cantidades de géneros individualizados indivisiblemente por el lugar en que se encuentren, como “las treinta fanegas de trigo que se hallarán en tal parte”, porque tal asignación se aplica al trigo que haya en el lugar indicado y no pase de la cantidad señalada (artículo 1112 incisos 3° y final CC.), de modo que si nada hay en el lugar designado, nada se debe, y si lo que hay está deteriorado, se debe en el estado en que se encuentre. Una cosa fungible así especificada, pues, funciona como no fungible. Pero en lo que a nosotros importa, este legado sigue siendo obligacional.

b) Ahora bien, el legado expuesto precedentemente, exige ciertas precisiones en orden a las condiciones necesarias para su cumplimiento.

Si el testador nada dice en orden a quién debe cumplirlo, todos los herederos quedan obligados a ello (artículo 1360 CC.), y lo mismo es, por cierto, cuando expresamente los haya gravado a todos. En ambos casos, el legatario debe ejercer su acción *pro parte* (sin perjuicio de los acuerdos que, según el artículo 1359 CC.,

³⁶ La cosa puede ser futura, pero el legado vale si aquella llega a existir (artículo 1113 CC.); o bien consistir en una cuota *pro indiviso* de un cuerpo cierto (arg. ex artículo 1110 inciso 1° CC.).

puedan adoptar los herederos, no oponibles, con todo al legatario). Pero, si el testador grava a uno o a varios, mas no a todos, los herederos, o a un legatario (artículo 1360 CC.) con el cumplimiento, entonces ellos pueden dar la especie solo si son sus dueños.

Ahora bien, si hay varios herederos, y uno de ellos es el gravado, el objeto del legado, perteneciendo a la masa, se hace de todos aquéllos; así que el gravado solo podría dar al legatario la cuota en el cuerpo cierto que hereditariamente le corresponde, y no las restantes, que son de sus coherederos; al pretender transferir la totalidad del objeto al legatario, para cumplir así con la asignación, haría transferencia de cosa en parte ajena, y, por consiguiente, no la daría más que en la parte a él perteneciente. Si son varios los gravados, ellos podrían cumplir, *pro parte*, con respecto a las cuotas que en la especie cabe a cada uno, mas no con respecto a las que caben a los herederos no gravados. De lo que se sigue que el legatario no podría reclamar del o de los gravados más que la dación de la o las cuotas en la especie, que como herederos les corresponda; debiendo dirigirse a los demás herederos para obtener el resto. Lo cual es contradictorio con la disposición del testador, que concentró en uno o algunos de ellos el cumplimiento de todo el legado.

Lo dicho para los herederos, vale para el legatario a quien el testador gravó con el cumplimiento.

La eficacia del legado obligacional de especie, en consecuencia, supone que el testador asigne el cuerpo cierto entero al o a los herederos a quienes gravó con el legado, para que puedan darlo en su totalidad al legatario. Teóricamente eso implicaría un prelegado a favor del o de los gravados, aunque instrumental, pues fuera dispuesto solo para los efectos del cumplimiento eficaz del legado final. Sin embargo, podemos prescindir de esta construcción, pues el artículo 1360 CC. es directo: *“Las cargas testamentarias no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular”*. Así que la ley no exige un antecedente prelegado en favor del heredero o de los herederos gravados, ni de un legado al legatario; y considera bastante que el testador imponga particularmente el gravamen, caso en el cual no puede el legado mirarse como carga de los herederos en común, o del legatario. Claro es que se impone, al mismo tiempo, la consecuencia de que entretanto el heredero o el legatario gravados no transfieran la especie al legatario en cumplimiento de su obligación, ellos son dueños de la especie, y que los demás herederos no tienen parte alguna en ella. Por lo cual, si se desea buscar una explicación dogmática de este efecto, podría pensarse en un prelegado legal tácito a favor del gravado.

c) Todavía hay otro problema que ofrece el legado en examen. De acuerdo con el artículo 1338 N° 1 CC., los *“asignatarios de especie tendrán derecho a los frutos y accesiones de ellas, desde el momento de abrirse la sucesión”*. Como la norma no distingue, menester fuere concluir que la regla vale también para los asignatarios crediticios de especie, como es el legatario del cual ahora tratamos; lo que contradice la naturaleza de un crédito. Más conforme con ella sería aplicarle la regla del artículo 1338 N° 2 CC., de modo de no tener derecho a los frutos sino que *“desde el momento en que la persona obligada a prestar”* la especie legada *“se*

hubiere constituido en mora”, en conformidad con las reglas generales sobre efecto de las obligaciones.

Pensamos que así debe ser. El dictado general del artículo 1338 N° 1 CC. es aplicable, no a todo legado cuyo objeto es una especie, sino al legado de especie con efecto real; si la asignación es de especie, pero con efecto obligacional, solo cabe aplicar la regla del artículo 1338 N° 2 CC., por ser más concordante con la naturaleza de un tal legado. De no aceptarse esta conclusión, también tendría que aceptarse que el legado de especie ajena ordenada adquirir por el testador para darla al legatario (artículo 1106 CC.) igualmente queda regido por la regla del N° 1, lo cual es un completo absurdo.

d) Se presenta enseguida el legado de una cosa corporal no fungible, vale decir, de una especie que pertenece al asignatario a quien se impuso la obligación de darla (artículo 1107 CC.). El testador dispone: “Que mi heredero quede obligado a dar su fundo Corneliano a Ticio”, o bien: “Que mi heredero dé su fundo Corneliano a Ticio”, o asimismo: “Ordeno a mi heredero dar su fundo Corneliano a Ticio”. A diferencia de lo que acaece con el cuerpo cierto perteneciente al testador, que puede ser legado real u obligacionalmente, cuando un objeto así pertenece al asignatario, el tipo de legado del cual ahora tratamos es siempre obligacional; tal se desprende de las palabras del artículo 1107 CC.: “*del asignatario a quien se impone la obligación de darlo*”. Lo cual, por lo demás, deriva de la naturaleza de la figura: con respecto al testador, el cuerpo cierto perteneciente al asignatario es ajeno, así que no podría él mismo atribuir un dominio de que carece a un tercero; pero bien puede obligar a un asignatario suyo a que él transfiera el dominio de una especie suya a un tercero, y en tal caso la transferencia será *a domino*, aunque obligada.

Las variantes, relativas al carácter futuro de la especie del asignatario legada, a la cuota que pertenece a éste en cierta especie; al lugar en que se encuentra la especie del asignatario (artículo 1111 CC.), a recaer el legado en un cuerpo cierto entero del mismo, sobre el cual el asignatario no tiene más que una cuota (artículo 1110 inciso 2ª CC.), vistas con respecto al legado de cosa del testador, se aplican, por cierto, al legado de cosa del asignatario legada.

e) También está el legado obligacional de un derecho real preconstituido, principal y transmisible, perteneciente al testador. A él se refiere el artículo 1227 CC.: “*Pueden legarse no solo las cosas corporales, sino los derechos y acciones*”, ya que las expresiones “*legarse*” incluye también al legado obligacional, y, como vimos³⁷, “*los derechos*” envuelve a asimismo a los reales. La asignación es posible e imposible con respecto a los mismos derechos reales preconstituidos en que es posible e imposible el legado de efecto real³⁸. El asignatario gravado resulta obligado a transferir, ceder si se quiere, entre vivos el derecho de que se trate al legatario. Los dos problemas y sus soluciones, examinados a propósito del legado obligacional de especie del testador, son predicables a este tipo. Lo propio cabe decir de sus variantes.

Por economía, nos limitamos a sólo mencionar que el derecho real legado

³⁷ Más arriba, II, 2, b). Según DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 802.5, p. 792 s., tal figura no sería un legado sino una carga; mas no vemos por qué no sería un legado.

³⁸ Véase más arriba, II, 2 b).

podría pertenecer a un asignatario (arg. ex artículo 1107 CC.), con todas sus consecuencias. Además, hacemos notar que en este caso se presenta el mismo problema tratado sub III, 2, b).

f) Comparece el legado obligacional de constitución de un nuevo derecho real a favor del legatario, sobre cosa del testador. El testador no constituye por legado un usufructo, por ejemplo, sobre un predio que le pertenece, a favor de cierto legatario, sino que deja obligado a un asignatario suyo a que lo constituya sobre cierto predio que va incluido en la herencia. El gravado³⁹ debe proceder a constituirlo entre vivos para el legatario, mediante las formas ordinarias. Este dispone de la acción del testamento para obligarlo a la constitución. La asignación se puede aplicar desde luego a los derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y censo sobre un bien hereditario, vale decir, a los mismos respecto de los cuales es posible el legado real de constitución. Con respecto a los demás derechos reales, que no se pueden constituir por legado real, diremos lo siguiente:

i) En lo tocante a la prenda y la hipoteca, nada obsta a que el testador disponga que un heredero suyo constituya tales cauciones sobre cierta cosa hereditaria para garantizar la deuda de un tercero. El heredero queda obligado a dar la prenda o a constituir la hipoteca. Ahora bien, los respectivos derechos reales que entonces se crean no son para el deudor, sino para su acreedor, y es a éste a quien el heredero da. Pero no es que el testador haya querido favorecer a ese acreedor, sino precisamente al deudor necesitado de la caución; así que debemos considerar como legatario precisamente a tal deudor y no al acreedor, y es aquél, no éste, quien dispone de la acción del testamento para obligar al heredero a caucionar una deuda suya. En consecuencia, la deuda del heredero es de hacer a favor del legatario, y no de dar, aunque la cumple dando el derecho de prenda o de hipoteca al acreedor.

ii) No cabe pensar en usar este tipo de legado con relación a los derechos de la llamada propiedad intelectual: tales derechos, de autoría o moral y de autor, o patrimonial, se constituyen por el hecho de la creación de la obra (artículo 1 L. N° 17.336), y no se podría obligar a alguien, como a un asignatario, a crear una obra suya para ceder después el derecho creado a un tercero, el legatario, porque ello atenta en contra de la libertad de creación garantizada por el artículo 19 N° 25 CPol., libertad que es para crear, pero también para no crear.

iii) Tampoco es apto este legado en orden a los derechos que se constituyen merced a actos administrativos, como los mineros y el de aprovechamiento de aguas, que necesariamente se ejecutan a favor del petionario y no de terceros. Así que si el testador ordena a un heredero suyo que obtenga un derecho, supongamos que de explotación minera sobre un yacimiento descubierto por él pero aun no manifestado en la forma legal, para tal legatario, ese derecho, en realidad, será concedido por el juez precisamente al heredero que lo pide, y no al legatario; otra cosa es que después aquél lo transfiera entre vivos al legatario. Dejamos a un lado,

³⁹ El cual, de acuerdo con lo discutido más arriba, III, 2, b), debe reputarse como dueño de toda la cosa sobre que debe recaer el derecho, única manera de poder después constituir todo el derecho real, bajo sanción de resultar constituido solo *pro parte*, si el derecho admite división, como el usufructo, según la cuota que cupo al gravado en la herencia; o inconstituido mientras no concurran todos los herederos, si no admite división, como el de servidumbre.

por otra parte, que aquí no se trata de hacer recaer el derecho en cosa hereditaria. De esta forma, el legado se formularía correctamente en términos de obtener el derecho para sí el heredero, y enseguida de transferirlo como se ha indicado, que impondría unas sucesivas obligaciones de hacer y dar. Mas, por lo que atañe a este último aspecto, el legado se aproxima al ante tratado sub III, 2 b).

iv) Es impensable usar este legado con respecto al derecho de herencia, vale decir, para que un asignatario del testador quede obligado a constituir el derecho de herencia en favor de tal persona, mediante testamento, que sería el legatario, porque en ello va envuelto un atentado a la libertad de testar del gravado con la orden, y también porque involucra un acto sobre sucesión futura, del todo prohibido por la ley (artículo 1463 CC.).

En fin, observemos que el testador podría ordenar la constitución de un derecho real constituible por legado, sobre cosa de un asignatario suyo (arg. ex artículo 1107 CC.); y que cuando la constitución es ordenada sobre cosa del testador, nuevamente aparece el problema tratado sub III, 2, b).

g) También está el legado obligacional de un crédito perteneciente en vida al testador (o a un asignatario), para que el heredero gravado con el legado lo ceda al legatario⁴⁰. Antes hemos adelantado la aptitud legal de este tipo⁴¹, que Claro Solar aceptaba, empero, como la única posible.

El asignatario gravado queda, pues, obligado a transferir entre vivos el crédito del testador al legatario, vale decir, a hacer cesión de ese crédito en su favor, de acuerdo con las reglas generales del § 1 del título 24° del libro IV CC., que el legatario puede exigir mediante la *actio ex testamento*. Obsérvese que, no bien obre por obligación el asignatario-cedente, la cesión es, con todo, a título gratuito. Una vez adquirido el crédito por el legatario-cesionario, éste puede hacerlo cumplir merced a la acción propia del crédito adquirido. En este caso, por consiguiente, la acción testamentaria y la del crédito se acumulan sucesivamente.

El crédito ordenado transferir podría pertenecer a un asignatario del testador (arg. ex artículo 1107 CC.). En cuanto al problema del cumplimiento, nos remitimos a lo dicho sub III, 2, b).

h) El simple legado de especies indeterminadas de cierto género⁴², o sea, de cantidades ciertas de dinero o de cosas fungibles, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos o cuarenta quintales de trigo (artículos 951 inciso 3° y 1115 CC.), o inciertas pero determinables (artículos 1066 inciso 1° y 1461 inciso 1° CC.)⁴³, como “de todo el dinero que se obtenga en la pública subasta de tal predio, deducidos los gastos”. Si no se determina la cantidad, o ella no es determinable, no vale el legado (artículo 1112 CC.)

⁴⁰ Lo cual tácitamente supone que el gravado, por el hecho de serlo, adquiera todo el crédito, para poder transferirlo íntegramente después: véase, *mutatis mutandis*, la discusión de más arriba, II, 2, a).

⁴¹ Véase más arriba, II, 2 d).

⁴² Las especies pueden ser futuras, pero el legado vale si aquéllas llegan a existir (artículo 1113).

⁴³ A menos de tratarse de una asignación destinada a un objeto de beneficencia, en los términos del artículo 1066 inciso 2° CC., en que se admite una indeterminación.

Por la naturaleza del objeto legado, en esta asignación no interesa si el testador empleó expresiones reales u obligacionales. Tanto si dijo: “Que mi heredero quede obligado a dar 1.000 a Ticio”, como si dijo: “Doy (o lego) 1.000 a Ticio”, el legado produce efecto obligacional, porque la segunda fórmula, de tipo real, es incapaz de generar el efecto de hacer dueño de la cantidad al legatario de modo de poder reivindicarla.

i) El legado de adquisición de especie ajena. Este legado está expresamente tratado por el artículo 1106 CC: “*Podrá ordenar el testador que se adquiera una especie ajena para darla a alguna persona o para emplearla en algún objeto de beneficencia; y si el asignatario a quien se impone esta obligación no pudiere cumplirla porque el dueño de la especie rehúsa enajenarla o pide por ella un precio excesivo, el dicho asignatario será sólo obligado a dar en dinero el justo precio de la especie. / Y si la especie ajena legada hubiere sido antes adquirida por el legatario o para el objeto de beneficencia, no se deberá su precio, sino en cuanto la adquisición hubiere sido a título oneroso y a precio equitativo*”. La disposición impone al asignatario gravado primeramente una obligación de hacer, consistente en adquirir la especie ajena de que se trata, y, enseguida, la de darla al legatario o emplearla en el objeto de beneficencia previsto. Una vez adquirida la especie, en el primer caso el legado opera, pues, como en el evento de haberse tratado de una especie propia del testador legada obligacionalmente, de modo que el asignatario gravado queda obligado a darla al legatario; en el segundo caso, el asignatario gravado queda sujeto, creemos, a la reglas de las asignaciones modales.

En el caso de no poderse cumplir la obligación de hacer, vale decir, de adquirir la especie, porque su dueño rehúsa la enajenación o pide un precio excesivo por ella, o porque el legatario la adquirió antes, o se adquirió antes para el objeto de beneficencia, a título oneroso y a precio equitativo (inciso 2°), la obligación del asignatario no se extingue, pues la ley la convierte en obligación de dar dinero al legatario (o de emplear dinero en el objeto de beneficencia, o de reembolsar al que adquirió para ese objeto), por un monto igual al justo precio de la especie de marras, caso en el cual el original legado obligacional de dar una especie se convierte, por ministerio de la ley, en un legado de dar dinero, como si hubiera sido del tipo descrito sub h).

La hipótesis tratada por el inciso 2° del artículo 1106, de que el legatario hubiera adquirido antes la especie ajena, o se la hubiese adquirido para el objeto de beneficencia, a título gratuito, constituye una especial aplicación del modo de extinguir denominado “concurso de causas lucrativas” (*concursum causarum lucrativarum*) que no interesa aquí y del cual hemos tratado en otra sede⁴⁴.

Lo que se ha dicho con respecto a una especie corporal, cabe válidamente aplicarlo a un derecho real: el testador puede ordenar que se adquiera un derecho real en cosa ajena, para darlo a cierta persona, como un usufructo, uso o habitación o una servidumbre; por ejemplo, si dispone así: “Ordeno que tal heredero mío adquiera una servidumbre de tránsito sobre el fundo Corneliano a favor del

⁴⁴ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El concurso de causas*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 19 (Valparaíso, 1998), pp. 388-389 = EL MISMO, *Estudios dogmáticos de derecho civil* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005), p. 162.

fundo Capeno de Ticio”: el fundo Corneliano pertenece a un tercero; Ticio, dueño del fundo Capeno, es el legatario. El testador impone a un heredero suyo la obligación de adquirir del tercero la servidumbre sobre su fundo Corneliano, que será el sirviente, en beneficio del fundo del legatario, que será el dominante. Esta construcción hace necesario recurrir a la figura del acto a favor de terceros, porque el heredero adquiere él la servidumbre, mas para el legatario; no podría, en efecto, adquirirla para sí, por no ser dueño del fundo Capeno, ni para un fundo suyo, porque no podría después transferirla sin ese fundo al legatario. Si el dueño de la cosa sobre la que se planeó recaer el derecho real de que se trata se rehúsa a constituirlo, o pide un precio excesivo por hacerlo, entonces debe darse al legatario el que sería el justo precio de su constitución (arg. ex artículo 1106 inciso 1° CC.).

También cabe aplicar lo dicho para la especie corporal ajena a un crédito ajeno.

j) Se presenta ahora el legado de especie corporal que no es del testador ni del asignatario a quien el testador impuso la obligación de darla, si éste sabía que la especie no era suya ni del dicho asignatario o, aunque no lo supiera, si el legado se hizo a favor de un ascendiente o descendiente del testador o de su cónyuge (artículo 1107 CC.). Se puede aplicar la figura al legado de constitución de un derecho real sobre especie que no es del testador ni del asignatario, con las demás circunstancias antes enunciadas. Este legado es siempre obligacional, no bien se haya dispuesto con palabras de significación real, porque objetivamente recae sobre cosa ajena, cuyo dominio, por ende, el testador no puede transmitir; pero sí puede obligar a un asignatario suyo a que lo adquiera y transfiera entre vivos. Es tal lo que la parte final del artículo 1107 CC. dispone: *“pues en estos casos se procederá como en el del inciso 1° del artículo precedente”*, o sea, del artículo 1106, que trata el legado de adquisición de cosa ajena, estudiado aquí sub i). Por consiguiente, este legado de significación real: “Doy el fundo Corneliano (de Cayo) a Ticio”, y estos otros de significación obligacional: “Que mi heredero dé el fundo Corneliano (de Cayo) a Ticio”, o bien: “Que mi heredero quede obligado a dar el fundo Corneliano (de Cayo) a Ticio”, lo mismo que uno ambiguo, como: “Lego el fundo Corneliano (de Cayo) a Ticio”, supuesto que el fundo Corneliano pertenezca a un tercero (Cayo) que no sea el asignatario y que el testador supiera tal hecho, o bien que Ticio fuera ascendiente, descendiente o cónyuge del testador, producen todos un efecto obligacional, consistente en dejar obligado al asignatario a adquirir el fundo de su dueño y enseguida a darlo al legatario, o a darle su justo precio en dinero, si el dueño no quiso enajenarlo o exigió un precio excesivo; todo en los términos del artículo 1106 CCC. En caso contrario, es decir, si el testador no sabía que el fundo no era suyo o del asignatario, o si el legado no fue hecho a los parientes mencionados o al cónyuge, el legado no vale (artículo 1107 primera parte CC.).

El artículo 1108 se sitúa en el caso de que la cosa ajena legada haya pasado, antes de la muerte del testador, al dominio de éste o del asignatario a quien se impuso la obligación de darlo; ante lo cual declara: *“se deberá el legado”*. En lo sustancial, esto significa que no rige la sustitución de la especie por dinero prevista por el artículo 1106 inciso 1° CC., de modo que el legado se concentra en

la especie, y opera como una normal disposición sobre cosa que al momento de morir el testador es suya o de un asignatario suyo. Pero observemos que la regla está formulada en términos obligacionales: “*se deberá*”. Creemos, sin embargo, que será necesario estar al carácter obligacional o real del legado de la cosa ajena de que se trató, de modo que ahora sí cobra importancia la manera de su formulación, que en el caso normal de un legado de cosa ajena no la tiene, pues, como dijimos, él es siempre obligacional. Una vez adquirida esa cosa por el testador, en consecuencia, el asignatario la debe al legatario, si el legado había sido concebido como obligacional; pero éste se hace dueño *ipso iure* de esa cosa, si había sido formulado como real, para el cual efecto, al tiempo de morir el testador, ya no existe el impedimento de serle ajeno lo legado. Cuando la cosa, en cambio, pasó a poder del asignatario antes de morir el testador, sean cuales hayan sido los términos del legado, éste tendrá siempre carácter obligacional, porque lo cierto es que la cosa aun así siguió siendo ajena al testador, el cual no pudo, por ende, transmitirla.

La hipótesis prevista por el artículo 1109 CC. es diversa: si después de la muerte del testador, el asignatario obligado a dar la especie ajena la adquiere, “*la deberá al legatario*”. Ahora bien, puede ocurrir que, antes de adquirir la especie el asignatario, haya operado el dispositivo del artículo 1106 inciso 1° a favor del legatario, vale decir, que haya recibido dinero en sustitución de parte del asignatario. El artículo 1109 CC. exige una previa restitución de ese dinero al asignatario, para poder el legatario reclamar la especie adquirida por aquél. Queda implícito que si no había operado el mencionado dispositivo –de modo que, en los hechos, el asignatario gravado debe el dinero sustituyente al legatario– nada debe restituir este último, quien sin más puede reclamar la especie del asignatario que la adquirió (entendiéndose que entonces el asignatario gravado deja de deber el mencionado dinero).

Ahora bien, la norma asimismo está formulada en términos obligacionales: “*la deberá al legatario*”, y en este caso es correcta sin más tal dicción, porque el legado opera como obligacional, ya que no se trata de una cosa del testador sino del asignatario, que aquel no pudo transmitir con efecto real, aunque haya concebido como real su asignación.

Todo lo dicho para la especie corporal en este apartado, vale para un derecho real o un crédito que no son del testador ni de un asignatario suyo.

k) El legado de una especie para la cual se designa un lugar en donde está guardada, a favor de un ascendiente o descendiente o del cónyuge del testador, y no se encuentra en parte alguna (artículo 1111 segunda parte, en relación con el 1107 CC.) es siempre obligacional, aunque haya sido dispuesto en términos de significación real. La expresión que usa el artículo 1111 CC. para el caso: “*se deberá*”, resulta, pues, correcta. Esa norma dispone que lo debido es “*una especie de mediana calidad del mismo género*”, y sobre tal objeto no puede haber efecto real, porque consiste en una especie indeterminada de cierto género, que debe ser cobrada, pero que no puede ser reivindicada.

Obsérvese que en el mismo caso, pero con la variante de ser el legado a favor de otras personas que las antes designadas, nada se debe, es decir, el legado no

tiene efecto, por las razones indicadas más arriba⁴⁵.

l) Como el legado de una especie sin decirse cuál, de muchas que existen en el patrimonio del testador, hace que también se deba una especie de mediana calidad o valor de entre las comprendidas en el legado (artículo 1114 CC.), ese legado es siempre obligacional, aunque se lo haya formulado en términos de efecto real, por la misma razón de recaer sobre un género, aunque limitado precisamente al conjunto de las especies similares del testador.

m) De la misma manera, es siempre obligacional, independientemente de su formulación, el legado de una especie cuyo valor tiene límites, de entre varias de las que el testador creyó tener sin dejar ninguna, si el legado fue dispuesto a favor de un ascendiente o descendiente suyo o de su cónyuge, nuevamente porque entonces el legatario sólo tiene derecho a pedir una cosa mediana del mismo género (artículos 1116 incisos 2^o⁴⁶ y 3^o y 1107 CC.), y nada puede reivindicar⁴⁷.

n) El legado de alimentos (artículo 1133 CC.), atendida su naturaleza normal, de consistir en pagos periódicos de cantidades de dinero o, eventualmente, de otros fungibles, tiene carácter obligacional.

IV. LEGADOS DE EFECTO LIBERATORIO DE DEUDAS DEL LEGATARIO PARA CON EL TESTADOR

Hay un tipo de legado cuyo único efecto es extinguir un derecho personal del testador contra el legatario, o, lo que es igual, una obligación o deuda del legatario para con el testador. Sintéticamente lo podemos denominar legado de efecto liberatorio, o condonatorio o remisorio.

Ahora bien, el efecto liberatorio, en sí mismo considerado, no es real, en el sentido de atribuir al legatario el dominio o la titularidad de un derecho real; ni obligacional, en el de atribuirle un derecho personal o crédito; no crea, pues, derechos en su favor, y sólo lo libera de una deuda. Por tal razón localizamos al efecto liberatorio como un *tertius genus* frente al real y al obligacional, y consideramos la existencia de este tercer tipo de legado.

El legado consiste, como ya el nombre lo indica, en la simple condonación, liberación o remisión que de la obligación de cierto deudor suyo el testador pronuncia en el testamento. Si se emplean fórmulas del tipo: “Con dono (remito, perdono, libero, etcétera) tal deuda a Ticio (o lo que Ticio me debe)”, o semejantes, el legado produce efectos *ipso iure* retroactivamente al día de la delación, supuesta su aceptación; vale decir, la deuda se extingue y se libera el deudor-legatario. Este legado es la versión *mortis causa* de la remisión de deudas entre vivos, tratada en el título 16° del libro IV del código.

El código da por supuesto el legado directo de condonación para regular una

⁴⁵ Véase la nota 19.

⁴⁶ En esta disposición, la palabra “cosa” debe entenderse como “especie”, pues carece de sentido la disposición al referirla a un género.

⁴⁷ Si el testador dejó una especie, el legado recae sobre ella (artículo 1116 inciso 1°), en términos reales u obligacionales, según haya sido formulado. Si el valor de la especie no tiene límites y ninguna dejó el testador, no vale el legado incluso con respecto a los ascendientes y descendientes y al cónyuge (artículo 1116 inciso 3° CC.).

especial forma de su revocación, en el artículo 1129: “Si el testador condona en el testamento una deuda, y después demanda judicialmente al deudor, o acepta el ago que se le ofrece, no podrá el deudor aprovecharse de la condonación; pero si pagó sin noticia o consentimiento del testador, podrá el legatario reclamar lo pagado”. También lo da por supuesto en el artículo 1130 CC., para determinar su extensión: “Si se condona a una persona lo que debe, sin determinar suma, no se comprenderán en la condonación sino las deudas existentes a la fecha del testamento”.

V. LEGADO DE EFECTO EXTINTIVO DE DERECHOS REALES

1. Distinto al efecto real, de atribuir el dominio o la titularidad de derechos reales al legatario; al efecto obligacional, de establecer un crédito a favor del mismo; y al efecto liberatorio, de extinguir una deuda suya, es el efecto extintivo de un derecho real perteneciente al testador, que entonces no se transmite precisamente porque un legado suyo lo extingue⁴⁸. Se trata, por consiguiente, de un cuarto tipo autónomo de legados, que exige un tratamiento aparte.

Un legado así es el equivalente *mortis causa* de la renuncia entre vivos del derecho real de que se trate. Pero él solo es posible con relación a derechos reales transmisibles y renunciables del testador. Se excluyen, por ende, aquellos la muerte del cual los extingue, como son el usufructo, el uso y la habitación, pues en tales casos la extinción por medio de un legado es superflua e inútil. Además, el derecho debe ser abdicable por acto de su titular, así que no cabe la extinción unilateral *mortis causa* de aquellos irrenunciables, como el derecho de autor o moral⁴⁹ y de autoría o patrimonial (artículo 87 L. N° 17.336). Del derecho real de herencia diremos lo conveniente después⁵⁰.

2. En tales condiciones, examinemos la situación en que quedan en esta materia los derechos reales renunciables y transmisibles.

a) La extinción de una servidumbre adviene cuando el testador libera directamente al fundo sirviente de un tercero, de la servidumbre que sobre él había en beneficio de un predio dominante suyo, como si dice: “Liberó a tal fundo de Ticio de la servidumbre de paso que lo grava en beneficio de tal fundo mío”, y el efecto extintivo se produce *ipso iure*. El código nada dice sobre el legado real, pero es evidente su procedencia.

b) La prenda y la hipoteca admiten ser remitidas entre vivos (artículo 1654 inciso 2° CC.)⁵¹, con independencia de la remisión de la deuda que garantizan, y ello equivale a la renuncia del derecho real. Ahora bien, el testador que sea acreedor prendario o hipotecario, vale decir, titular del respectivo derecho real, podría válidamente disponer, en términos directos, la remisión de su prenda o hipoteca,

⁴⁸ Tratan esta materia DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 803, pp. 793-794, pero limitadamente a la hipoteca, la prenda y las servidumbres

⁴⁹ No está dicho en la ley N° 17.336 que este derecho sea irrenunciable, pero lo es, porque su fuente es un hecho, la creación de la obra (artículo 1 L. N° 17.336), y el autor no podría abdicar de ese hecho, vale decir, de dejar de ser autor, merced a un acto jurídico. Se puede aplicar *mutatis mutandis* lo que los romanos decían del heredero: una vez autor, siempre autor.

⁵⁰ Más abajo, V, 2, d).

⁵¹ La remisión de la hipoteca se llama, además, “cancelación” (artículo 2434 inciso 4°).

diciendo, por ejemplo: “Remito la prenda (o remito o cancelo la hipoteca) que tengo sobre tal objeto mueble (o inmueble si es hipoteca) de Ticio”. El derecho real de prenda se extingue directamente y los herederos deben devolver la prenda al pignorante. En lo relativo a la hipoteca, es, por cierto, necesario que la escritura del testamento cubra los requisitos de una escritura pública para que se inscriba la cancelación y se tome razón de ella al margen de su inscripción (artículo 2434 inciso 4° CC.). De no cumplir tales requisitos, creemos que el legado se convierte en obligacional (véase más abajo, sub VII, 2, a).

Igual a como ocurre entre vivos, en que la remisión de la prenda o hipoteca no acarrea la extinción por remisión de la deuda que ellas garantizan (artículo 1654 CC.), la remisión por legado de una u otra no implica la remisión de la deuda que caucionaban, la cual permanece en la herencia, y se transmite según las reglas generales, aunque desprovista de garantía. De ello trata, aunque en otro contexto, el artículo 1128 CC., que puede ser generalizado.

c) También un censalista podría remitir por legado el censo al censuario, que sería, pues el legatario (artículo 2043 CC.: “*De todo censo [...] podrá disponer el censalista [...] por testamento*”).

d) En relación con el derecho real de herencia, se pregunta si puede el testador extinguir por legado un derecho tal que le pertenezca, vale decir, sobre una herencia a él deferida y ya aceptada al momento de testar, que aún permanece indivisa al morir, de modo que, en principio, transmite. La respuesta es negativa. El derecho real de herencia puede ser repudiado, y en ello se vería el equivalente a una suerte de renuncia; una vez aceptado ya no es posible abdicarlo (artículo 1234 CC.), no bien pueda cedérselo (artículos 1909-1910 CC.). Eso que es así entre vivos, también vale *mortis causa*; así que el testador no podría extinguir por legado el derecho de herencia que hubiera aceptado y adquirido y estuviese vigente al testar.

Si el testador aun no había aceptado la herencia al testar (ni al morir) no podría ordenar por legado que su heredero la repudie, porque así vulneraría el derecho de transmisión (artículo 957 CC.) a favor de ese heredero, según el cual él puede libremente aceptar o repudiar la herencia deferida a su causante.

e) Los derechos reales mineros son renunciables (artículos 162 CM. y 18 inciso 3° Ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras) y transmisibles (artículo 2 CM.); también los derechos reales de patente (artículos 14 inciso 1° L. N° 19.039) y el derecho de aprovechamiento de aguas (artículos 129 CA. y 12 CC. y 21 CA.). Así que nada obsta a que su titular, quien pudo unilateralmente renunciarlos entre vivos, haga lo propio por causa de muerte mediante un legado⁵².

f) Es interesante preguntarse si el legado de un derecho real transmisible y renunciable, pero accesorio, que, por ende, no puede ser legado sino como parte de la cosa sobre que recaen, cuando es, sin embargo, legado, eso vale como remisión del derecho. Tal ocurre si el acreedor prendario o pignoratario lega el

⁵² Como el inciso 2° del artículo 162 CM. exige escritura pública para la renuncia, el legado en función de renuncia vale si el testamento que lo contiene reúne los requisitos de la escritura pública, según el artículo 403 COT.

derecho real de prenda al pignorante; o el acreedor hipotecario al que constituyó la hipoteca; o el titular de una servidumbre al dueño del predio sirviente. Esos legados de derechos no subsisten, porque atañen a un objeto que no puede ser separado y tratado autónomamente. Ahora bien, si fuera lo contrario, su efecto tendría que ser la extinción del derecho legado, porque el legatario llegaría a ser titular de un derecho real sobre cosa propia. Entonces cabe preguntarse si, en presencia de hecho de un legado así, deba él ser interpretado como manifestación equivocada de una real y válida voluntad del testador encaminada a remitir el derecho de que es titular, efecto que pudo haber conseguido si en vez de legar el derecho, lo hubiera simplemente remitido. La respuesta positiva no repugna al código, quien presenta una disposición en el mismo sentido. Dice su artículo 1128: *“Si la cosa que fue empeñada al testador, se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda, sino el derecho de prenda; a menos que aparezca claramente que la voluntad del testado fue extinguir la deuda”*. La disposición es anómala bajo varios conceptos. El testador, en cuanto pignoratario, no es dueño de la cosa legada sino solo su mero tenedor; en consecuencia este legado resulta ser de cosa ajena y es nulo (artículo 1107 CC.); si el deudor y legatario era, además, el dueño de la cosa, que había pignorado, el legado es también inútil e ineficaz, al ser de cosa propia del legatario, ya que nadie puede hacerse dueño de lo que ya es dueño. Pero la ley, sin ni siquiera hacerse cargo de esas consecuencias, atribuye un efecto al legado: el de extinguir el derecho de prenda. Como es lógico (cfr. artículo 1654 inciso 2° CC.) no obtiene igual conclusión con respecto a la deuda, que subsiste, salvo que aparezca que el testador quiso extinguirla. Esta segunda parte de la disposición da la clave de su verdadera funcionalidad, que es interpretar la voluntad del testador. Éste, de hecho, legó la cosa pignorada al deudor, y entonces la ley interpreta su verdadera voluntad, en orden a que lo que en realidad quiso hacer fue remitir la prenda⁵³, pero no la interpreta en el sentido de haber querido también remitir la deuda, lo que solo será en caso de probarse que esa fue su real, no interpretada, voluntad.

Ahora bien, si un testador, en vez de legar la cosa pignorada al deudor, como en el caso del artículo 1128 CC., le lega el derecho de prenda sobre esa cosa, ¿por qué no interpretaremos que su real voluntad fue extinguir el derecho de prenda, en vez de fulminar la ineficacia de ese legado por recaer sobre un accesorio inseparable? Máxime si, como se ha pensado, la solución del artículo 1128 CC. no es más que una deducción particular de la solución general ofrecida por el artículo 1110 inciso 1° CC.: *“Si el testador no ha tenido en la cosa legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho”*. Como se ha sostenido: *“¿Que tenía el testador en la cosa que se le dio en prenda [y legó]? El derecho real citado [de prenda]. Por tanto, eso es lo que ha legado”*⁵⁴. Así que la ley interpretaría que el testador quiso legar el derecho de prenda, por más que no pudo hacer eso, por tratarse de un accesorio inseparable. En tales

⁵³ Así que la descripción de la hipótesis no es inexacta, como dicen DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 803, p. 793, ya que la ley se pone en el caso de que el testador haya legado de hecho la cosa pignorada al deudor. El inexacto fue, pues, el testador.

⁵⁴ *Ibíd.*

condiciones, si la ley presume un tal legado, con la consecuencia, por lo demás natural, de la extinción del derecho que fue su objeto, ¿por qué no habremos de obtener la misma consecuencia cuando, no presuntiva sino realmente, el testador legó el derecho mismo, no ya la cosa?

Si esto es así, como parece que debe serlo, el legado real de un derecho real transmisible y accesorio al dueño de la cosa sobre el cual recae ese derecho debe interpretarse como un legado de renuncia al mismo.

VI. FUNCIONES ANEXAS A LOS LEGADOS DE EFECTOS REAL Y OBLIGACIONAL

Hemos reconocido cuatro tipos autónomos de legados, según el efecto patrimonial directo llamado a generar cada uno: real, obligacional, liberatorio de deudas del legatario y extintivo de derechos reales del testador. Con ello queda agotada la tipología de los legados.

Sin embargo, un legado de los primeros tipos, o sea, de efecto real y obligacional, puede operar en función del efecto de los dos últimos. Esta función no sustituye a la suya propia, sino que se añade a ella, y consiste, pues, en producir, además del dominio o la obligación, la liberación de deudas del legatario (o de terceros) o la extinción de derechos reales del testador.

Adicionalmente, los legados de efecto real y obligacional pueden también funcionar para extinguir deudas del propio testador frente a terceros.

En los capítulos que siguen, por consiguiente, trataremos de estas funciones anexas a los legados de efecto real y obligacional. Para no sobrecargar la exposición, el punto de vista primariamente adoptado será precisamente el de la función anexa, y solo secundariamente, y en forma conjunta, el tipo real y el obligacional.

VII. LA FUNCIÓN LIBERATORIA DE DEUDAS OPERADA MEDIANTE LEGADOS DE EFECTOS REAL Y OBLIGACIONAL

1. Liberación mediante legados de efecto real.

En primer lugar, un testador puede conseguir la liberación de un deudor suyo, no ya mediante un directo legado condonatorio pronunciado en su testamento, sino mediante un legado de efectos reales, que, junto con hacer adquirir el dominio o el cuasidominio al legatario, provoca la liberación de la deuda de que se trate.

Tal función es cumplida por los siguientes legados:

a) El legado del crédito. Puede ocurrir que el testador legue a su deudor el crédito que contra él tiene. Se trata del legado previsto por el artículo 1127 CC., que, de otra parte, ya vimos en general⁵⁵. Solo que la preexistente calidad de deudor ofrecida por el legatario empieza a concurrir con la sobreviniente de acreedor, y entonces de pleno derecho tiene lugar la confusión que extingue la deuda, en los términos expuestos en el título 17° del libro IV CC. Así que este legado de crédito es, en realidad, un complejo legado de indirecta condonación, por medio del modo de extinguir deudas llamado “confusión”.

b) El legado al deudor, de la especie del testador que aquél debe restituirle.

⁵⁵ Más arriba, II, 2, d).

Dada la obligación de un tercero, de restituir al testador una cosa a éste perteneciente, como por causa de comodato, depósito o arrendamiento, u otra de mera tenencia, podría el testador legar la cosa debida en restitución al deudor, bajo forma real. Tal asignación es un legado de especie o cuerpo cierto ordinario, ya visto⁵⁶, que en lo inmediato hace, pues, dueño al legatario; pero que ofrece la particularidad de al mismo tiempo extinguir la obligación restitutoria que pesaba sobre él⁵⁷, ya que ésta, habiendo nacido válidamente, llegó a un punto en el que no hubiera podido nacer, pues nadie puede ser comodatario, depositario o arrendatario de cosa propia.

c) El legado real *solvendi causa*. Dada cierta obligación de especie entre dos terceros, uno acreedor y deudor el otro, algún testador puede legar realmente la especie al acreedor para pagar con ella la obligación del tercero deudor. Tal es, en sí mismo, un ordinario legado de especie, pero en función liberatoria. Es el equivalente *mortis causa* del pago entre vivos de deudas de especie ajenas al pagador. Si el acreedor-legatario acepta la asignación, adquiere el dominio de la especie retroactivamente al día de la delación, como en todos los legados de su clase; pero tal adquisición, por estar destinada a funcionar como pago, extingue la deuda y libera a su deudor.

El legado de que tratamos exige que el testador exprese la función de pago que atribuye a su asignación; en caso de silencio, debe mirarse como un normal legado de especie, sin efecto liberatorio, por ende. Por otro lado, la especie legada debe pertenecer al testador, pues en otro caso es nulo el legado (artículo 1107 CC.)⁵⁸.

2. Liberación mediante legados obligacionales.

La liberación de un deudor puede ser obtenida indirectamente mediante el uso del tipo obligacional de legados. Tal ocurre en los siguientes casos:

a) El legado obligacional de remisión o condonación. En vez de remitir directamente él cierta obligación de su deudor, el testador puede optar por ordenar que sea un asignatario suyo el que remita la deuda, y hablar, por ejemplo, así: “Ordeno que mi heredero Ticio condone (remita, perdone, libere, etcétera) tal deuda a Ticio (o lo que Ticio me debe)”; y tal legado deja obligado al asignatario designado a remitir la deuda señalada, en la forma entre vivos usual⁵⁹.

⁵⁶ Más arriba, II, 2, a).

⁵⁷ Artículos 2185 CC. para el comodato; 2233 CC. para el depósito, 1950 N° 3 CC. para el arrendamiento.

⁵⁸ Puede objetarse que, siendo de especie la deuda del tercero, no puede ser que un tercero, el testador, sea su dueño, en modo de legarla al acreedor. La cuestión es de hecho, pero no impide la construcción jurídica: el deudor puede deber dar una especie que no sea suya al momento de empezar a deberla, con tal que sea suya al pagarla, habiendo esperado, pues, adquirirla en el tiempo intermedio. Si quien en dicho tiempo es el dueño, la lega al acreedor para pagarla, se tiene el caso de nuestro legado.

⁵⁹ DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 809, p. 797, dicen que una disposición semejante es “una carga y no un legado”, que no debe confundirse con el legado de condonación. Pero, *ibíd.*, párr. 744, p. 735, dicen: “También se le denomina [al legado] carga testamentaria” y citan, con razón los artículos 1097 y 1360 CC. Por lo demás, que esta disposición no debe confundirse con el legado (directo) de condonación es verdadero, porque es meramente obligacional; pero evidentemente es un legado.

Ahora bien, este legado ofrece un problema, por lo demás ya examinado a propósito del legado obligacional de especie⁶⁰: si los créditos del causante se transmiten a todos sus herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias (como parece, no obstante la variedad de opiniones existentes en torno al punto de la divisibilidad de los créditos, derivada de la aparente contradicción entre los artículos 1526 N° 4 y 1357 CC, por un lado, con el artículo 1344 CC.⁶¹, por otro⁶²), eso significa que se dividen entre todos ellos los créditos, y cada heredero es acreedor de una parte suya; así que es solo esa parte la que cada cual puede condonar, mas no las partes de sus coherederos, que respecto de él son créditos ajenos. Por consiguiente, la eficaz ejecución de este legado exige una de estas dos cosas: i) bien que el testador grave a todos sus herederos con la orden de condonar, y cada uno de ellos cumple el legado condonando su cuota en el crédito; ii) bien que prelegue el crédito a un heredero (o al legatario a quien impuso la carga de condonar), y le ordene condonarlo, caso en el cual ese heredero-legatario, como único titular del crédito hereditario, puede remitirlo en el todo; iii) bien que simplemente grave a un heredero con la condonación, y entonces, sin más, por mandato del artículo 1360 inciso 1° CC., el designado debe cumplir, por lo cual se puede entender haber habido un prelegado legal tácito de ese crédito en su favor.

El legatario dispone de la *actio ex testamento* para conseguir la liberación; y si la deuda le es cobrada bajo el concepto de ser hereditaria, como efectivamente lo es, debe ejercer aquella acción por vía de reconvencción y, una vez conseguida la remisión voluntaria o forzada, oponer la excepción de remisión en el juicio ejecutivo de la deuda testamentaria. Si bien podría pensarse en concederle una excepción “de remisión debida” que oponer directamente a la demanda, en vez de la reconvencción, de modo que el juez absuelva sin más al legatario.

Aunque el código no lo menciona, nada obsta a aceptar este legado obligacional de condonación, merced, como en otros casos, al artículo 1069 inciso 1° CC.; a él, de todos modos, han de aplicarse las normas de los citados artículos 1129 y 1130 CC., cuyo desarrollo, por lo demás, aquí no interesa.

Puede darse que sea un asignatario del testador el que tenga un deudor; pero aquél puede igualmente obligar al primero a remitirle la pertinente deuda, aunque sea ajena con respecto a él, y el legado es válido (arg. ex artículo 1107 CC.).

⁶⁰ Más arriba, III, 2, b).

⁶¹ Amplia y detalladamente sobre la cuestión: DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, III, párt.º 1263-1267.4, pp. 1400-1410; ELORRIAGA, F., *Der. suc.*, párt.º 706-711, pp. 621-629.

⁶² El asunto se reconduce al término “*efectos*” empleado por el artículo 1344 CC. que incluye a los créditos. Pero con olvido de que él también incluye a las deudas, respecto de las cuales nadie disputa que se dividen entre los herederos (artículo 1354 CC.). Así que la conciliación entre ambos grupos de artículos citados en el cuerpo es fácil: el artículo 1344 habla de “*efectos que le hubieren cabido*” a cada asignatario, es decir, no habla de los efectos que no le hubieren cabido, entre los cuales están las deudas, pero también los créditos, cuya división es una consecuencia ineludible y totalmente necesaria de los artículos 1526 N° 4 y 1357 CC., los cuales, por último, son especiales y deben primar por sobre una norma general como la del artículo 1344. Francamente, yo no veo la contradicción. Por lo demás, no creo que Bello se haya apartado del derecho romano (ni tenido razones para hacerlo) en este punto importante.

b) El legado obligacional de un crédito del causante a su deudor. El testador puede imponer a su heredero (o a un legatario) ceder el crédito que tiene contra cierto deudor, a este mismo⁶³. El gravado contrae una obligación de hacer, consistente en operar la cesión, que es, por consiguiente, entre vivos; y es ahora en mérito de ella que se produce la confusión de las calidades de deudor y acreedor en el primero, y se extingue la deuda. El legatario, por cierto, puede reclamar la cesión contra el gravado, mediante la acción del testamento. En todo caso, véase más arriba III, 2, g).

c) El legado al deudor de la especie que éste debe restituir a un asignatario. Dada la obligación de un tercero, de restituir cierta cosa perteneciente a un asignatario del testador, al asignatario mismo, a título de comodato, depósito o arrendamiento, podría el testador legar al deudor la cosa debida en restitución a su asignatario, ahora bajo forma obligacional, totalmente posible en los términos del artículo 1107 CC. Al cumplir el asignatario el legado con que fue gravado y hacerse, así, dueño de la especie debida el legatario, por la misma razón aducida antes, sub VII, 1, b), se extingue la obligación restitutoria.

d) El legado obligacional *solvendi causa*. Pero un testador también puede legar obligacionalmente un género o una especie a cierto acreedor de uno u otra, a cargo de un asignatario suyo, para pagar la deuda de género o de especie de un tercero. El asignatario gravado debe, pues, hacer entre vivos la tradición del género o de la especie, que tiene naturaleza de pago, al acreedor; y operada ella, se libera el deudor.

VIII. LEGADOS DE EFECTOS REALES Y OBLIGACIONALES EN FUNCIÓN EXTINTIVA DE DERECHOS REALES

Los legados de efecto real y obligacional también pueden servir para conseguir la extinción de un derecho real.

1. Extinción de derechos reales mediante legados de efecto real.

El efecto extintivo de un derecho real que grava cierta cosa se puede también alcanzar, no ya por legado directamente renunciativo pronunciado por el titular de ese derecho, sino por legado real de la cosa gravada misma, asignado por su dueño al titular del derecho. Se produce entonces la que suele ser llamada “consolidación”⁶⁴, que no es otra cosa que una confusión de titularidades, por lo demás así denominada en tema de servidumbres⁶⁵.

Las hipótesis en que la consolidación mediante legado real tiene lugar son éstas: cuando el nudo propietario atribuye por legado la cosa fructuaria al usufructuario (artículo 806 inciso 4º CC.); o si el dueño de la cosa usuaria o habitacionaria la da de igual manera al usuario o al habitador (artículo 812 CC.); o cuando el

⁶³ Para ello el testador debe prelegar el crédito a un heredero, de modo de impedir su división entre todos los herederos, para que el prelegatario pueda cederlo en el todo; o bien imponer la cesión *pro parte* justamente a todos los herederos: véase III, 2 a).

⁶⁴ Véanse las oportunas observaciones de DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 811, p. 800 sobre los sentidos de este término.

⁶⁵ Artículo 885 N° 3 CC.

dueño del predio sirviente hace lo mismo con éste a favor del dueño del predio dominante, pero también al revés (artículo 885 N° 3 CC.); y, en fin, si el dueño de la cosa pignorada la lega al acreedor prendario o pignoratario (artículo 2406 inciso 2°), lo que es válido para la hipoteca, que no es más que una especie de prenda (artículo 2407 CC.), cuando el dueño de la cosa hipotecada la lega al acreedor hipotecario⁶⁶.

No cabe hablar de consolidación en tema de derecho de herencia, que es un sustituto artificial del dominio sobre la herencia, ni en los derechos sobre cosas intelectuales o industriales, que son un sucedáneo natural del dominio o propiedad sobre ellas (la antigua propiedad intelectual e industrial), así que su titularidad no tiene con qué otra consolidarse; ni en materia de derechos mineros, que coexisten con el dominio del predio en donde está el sólido en que se ejercen, que puede pertenecer al titular de esos derechos o a un tercero, y nunca se consolidan con él.

Ahora bien, estas figuras son, como se ve, normales legados reales de especies (la cosa fructuaria, usuaria o habitacionaria, el predio dominante —o sirviente—, la cosa pignorada, la cosa hipotecada), que en sí mismos no ofrecen características distintas a las tratadas cuando examinamos tales legados en general; salvo ésta, que justifica su examen aquí: el efecto extintivo del derecho real que estaba en cabeza del testador, merced a la consolidación o confusión de titularidades que ellos provocan. En el entendido, pues, que, como tal es un efecto ulterior y, por así decir, reflejo, no debe considerarse a tales legados como un tipo distinto al real de especie.

2. Extinción de derechos reales mediante legados de efecto obligacional.

a) El titular de un derecho real transmisible, principal y renunciable, vale decir, de servidumbre, prenda, hipoteca, censo, minero o de aprovechamiento de aguas, en vez de operar directamente su renuncia por legado, como, según hemos visto más arriba⁶⁷, podría hacer, también tiene la opción de obligar a un asignatario suyo a que opere entre vivos la renuncia, con formulaciones del tipo: “Que mi heredero quede obligado a renunciar a la servidumbre de paso que sobre el fundo tal de Ticio hay en beneficio de tal fundo mío”⁶⁸; o: “Que mi heredero remita la prenda (o remita o cancele la hipoteca) que tengo sobre tal objeto mueble (o inmueble si es hipoteca) de Ticio”; y asimismo el censalista o el titular de un derecho real minero o de un derecho de aprovechamiento de aguas.

⁶⁶ Debe advertirse, en fin, que estos legados no afectan a las relaciones obligacionales que pueda haber entre el testador y el legatario (DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 812, p. 801-802). Así, por ejemplo, cuando el deudor prendario lega la cosa pignorada al acreedor prendario, bien se extingue, según vimos, el derecho real de prenda, pero no por ello se extingue la deuda del testador, que pasará a sus herederos, aunque sin la prenda. Todo ello a menos que el testador exprese que con el legado quiere extinguir la deuda, o si por las circunstancias apareciere claramente que su intención fue pagar la deuda con el legado (artículo 1131 CC.)

⁶⁷ Véase el cap. V.

⁶⁸ Como este legado conduce a una renuncia entre vivos, prevista en el artículo 885 N° 4 CC., nada impide que sea el testador el que la ordene. Así DOMÍNGUEZ, R. & DOMÍNGUEZ, R., *Der. suc.*, II, párr. 803, p. 794 in fine.

Igual que en el caso del legado real de un derecho real transmisible, pero accesorio al dueño de la cosa sobre el cual recae ese derecho⁶⁹, el legado obligacional del mismo derecho debe interpretarse como un legado obligacional de renuncia al mismo. Por lo demás, véase más arriba, III, 2, b).

b) Puede ocurrir que el dueño de una especie gravada con un derecho real consolidable, como los de usufructo, uso, habitación, servidumbre, prenda o hipoteca, la legue obligacionalmente en su testamento al titular del respectivo derecho, de modo que un heredero suyo (o varios, o todos, o un legatario) resulte deudor entre vivos de la transferencia del tal especie al titular del derecho. Operada la transferencia debida al legatario, junto con hacerlo dueño de la especie, consolida la propiedad con el derecho real que la limitaba, y lo extingue.

Si la especie gravada pertenece a un asignatario del testador, éste puede válidamente legarla, aunque solo obligacionalmente, a cualquiera, y también, por ende, al titular del derecho real que la grava, y entonces los efectos dominicales y extintivos son los mismos que en el caso de legado de cosa propia del testador (véase II, 2, a). En el caso de pertenecer la especie gravada a un tercero, el testador puede ordenar su adquisición para darla, en la hipótesis aquí interesante, al titular del derecho (véase III, 2, i), y entonces también se producirán la adquisición y la consolidación para él; los mismos efectos se producirán cuando la especie no es del testador ni de un asignatario, si aquel lo sabía, o, aunque no lo supiera si el legado se hizo en favor de un ascendiente o descendiente del testador o de su cónyuge (véase III, 2, j), supuesto que el legatario sea el titular del derecho real. Así que, en general, cualquier forma obligacional de legado puede ser empleada para producir la consolidación entre vivos, si su naturaleza lo permite.

En todo caso, véase más arriba, III, 2, b).

IX LEGADOS DE EFECTOS REALES Y OBLIGACIONALES EN FUNCIÓN LIBERATORIA DE DEUDAS DEL TESTADOR

1. Mediante legado se puede, como vimos⁷⁰, liberar de una obligación al deudor del testador, de un asignatario suyo e incluso de un tercero, por vía de condonación, confusión o pago, según los casos. También se puede, como veremos ahora, extinguir una obligación del testador para con el legatario, su acreedor, por vía de pago. Aunque un legado así, pese a tal función, produce efectos reales, en el sentido de hacer propietario o titular de un derecho real al legatario; o bien obligacionales, en el de cargar a un asignatario con cierta obligación de dar al legatario; y es, por consiguiente, un normal legado real u obligacional, la función liberatoria que porta permite desplazarlo a esta sede para tratarlo por separado. En cuanto a sus efectos principales, pues, estos legados son reales o son obligacionales; pero adicionalmente son liberatorios, solo que ahora de deudas del testador.

a) Hay un testador que debe dar algo a cierto acreedor. Al morir, esa deuda se transmite a sus herederos, según las reglas generales, y ahora el acreedor puede dirigir su acción contra ellos. Por sí mismo, el fenómeno sucesorio no afecta a

⁶⁹ Véase más arriba, V, 2, f).

⁷⁰ Más arriba, IV.

las deudas, excepto en su integridad, pues ellas se transmite divididas entre los herederos a prorrata de sus cuotas (artículo 1354 CC.), salvo si son indivisibles (artículo 1528 CC.)⁷¹. Así que, en principio, el testador nada especial tiene que hacer en orden al pago de las deudas que deja. Pero algo puede hacer; por ejemplo, evitar la división a prorrata, concentrando la deuda en un heredero; o su excesiva división distribuyéndolas entre algunos, si bien esta concentración o distribución no son oponibles al acreedor (artículo 1358 CC.). Todavía, sin embargo, puede hacer otra cosa: ordenar que se pague lo debido afectando precisamente eso debido al pago, y ello constituye un legado que algunos llaman “de deuda” (*“legatum debiti”*)⁷², pero que mejor se llama “legado de lo debido”. No se lega, en efecto, la deuda, que produciría confusión de las calidades de deudor y acreedor en éste, y la extinguiría por confusión (artículo 1665 CC.), sino precisamente el objeto de la deuda, u obligación mirada pasivamente, que no provoca tal efecto, aunque sí extingue la obligación, solo que por vía satisfactoria.

b) En su forma más simple, consiste, pues, tal legado en la asignación que de una especie o cuerpo cierto suyo hace el testador, o de una o más especies indeterminadas de cierto género, al pago de cierta deuda suya a su acreedor⁷³. Este es el legatario. El legado puede ser dispuesto bajo forma real, del tipo: “Para pagárselo, doy a Ticio mi fundo Corneliano, que le debo por tal causa”; o bien obligacional, como: “Que mi heredero dé a Ticio mi fundo Corneliano (o los 1.000), que le debo por tal causa, para así pagárselo”. A la validez de la primera fórmula nada hay que objetar; pero la segunda parece inútil y superflua, pues reitera la deuda preexistente. En efecto, la intención es que el acreedor pueda cobrar el fundo (o los 1.000) al heredero, merced al legado; pero eso mismo puede cobrarle merced a la causa original, por ejemplo, la disolución de la sociedad conyugal que obliga al marido a restituir en especie el fundo a su mujer, o un mutuo de 1.000. Por eso este legado es útil cuando con él se mejora en algo que sea la condición del acreedor, o, como decía Justiniano, si “en el legado hay más que en la deuda” (*“plus est in legato quam in debito”*)⁷⁴. Tal ocurre, por ejemplo, si la deuda era a plazo o bajo condición, y el legado elimina o abrevia el plazo, o suprime la condición; o si la deuda era natural, siendo civil la del legado; o si a la deuda podía oponerse una excepción, que es suprimida en el legado; o si la deuda debía pagarse en cierto lugar, y la del legado en otro más cercano⁷⁵. Debemos considerar que si con el legado el testador concentra el pago de la deuda en un asignatario, o en

⁷¹ Excepcionalmente, las deudas se pueden ver afectadas en su monto merced al beneficio de inventario (artículos 1354 inciso 3° y 1247-1263 CC.).

⁷² La expresión no pertenece al derecho romano clásico.

⁷³ El legado admite formas más complejas que omitiremos para no sobrecargar la exposición: el testador, por ejemplo, podría legar una especie perteneciente a un asignatario suyo, para pagar la que debe a su acreedor (del testador); o bien podría ordenar la adquisición de una especie que debe, con la misma función, etcétera. En esos casos, por cierto, suponemos que el testador debía especie ajena. En general, todos los tipos reales y obligacionales podrían adaptarse a la función de pagar, si su naturaleza lo admite.

⁷⁴ Iust. Inst. II, 20, 14.

⁷⁵ Para todo, nos fundamos en la experiencia romana: véase al respecto, GUZMÁN BRITO, A., *DPR.*, cit (n. 10), II, p. 675-676.

algunos, ya con eso ofrece una ventaja al acreedor, pues evita la división entre los herederos, o disminuye su divisor.

c) Si el legado fue dispuesto bajo forma real, de modo que con su aceptación la especie se hace del acreedor-legatario desde el día de la delación, supuesta la aceptación, desde ese día se extinguen la deuda original y su acción, y se libera el sucesor obligado a su pago⁷⁶. Cuando fue dispuesto en forma obligacional, el legatario es doble acreedor, por la deuda original y por aquella del legado, y dispone de las correspondientes dos acciones; pero, ejercida una, se extingue la otra; y adquirida la especie o la cantidad por acto del obligado a cumplir el legado, o por acto del sucesor o de los sucesores obligados a satisfacer la deuda original (que pueden ser distintos), se extinguen ambas.

2. El código reconoce este legado. Dice su artículo 1131: *“Lo que se lega a un acreedor no se entenderá que es a cuenta de su crédito, si no se expresa, o si por las circunstancias no apareciere claramente que la intención del testador es pagar la deuda con el legado/ Si así se expresare o apareciere, se deberá reconocer la deuda en los términos que lo haya hecho el testador, o en que se justifique haberse contraído la obligación; y el acreedor podrá a su arbitrio exigir el pago en los términos a que estaba obligado el deudor o en los términos que expresa el testamento”*.

a) Así que, de acuerdo con el inciso 1º, el legado de lo debido debe ser expreso. La ley exige, para ser considerado tal, que el testador diga que lega para pagar, o que lega lo que debe, o bien que se pueda presumir judicialmente *“por las circunstancias”* la voluntad del testador en orden a legar para pagar. De esta forma, el legado *“de la cosa que se debe”* sin expresarse que se debe, no vale como legado *“de lo debido”*, y subsiste como deuda testamentaria independiente. Así, por ejemplo, cuando el testador debía 1.000 a Ticio, y le lega 1.000 sin decir que se los debe o que se los lega para su pago, Ticio puede cobrar dos veces 1.000, una por la deuda hereditaria y otra por la testamentaria. Tal ocurre siempre con las deudas y los legados de géneros. Cuando lo legado es una especie, necesario es distinguir.

Si el testador debía el fundo Corneliano a Ticio y se lo lega, sin decir que se lo debe, o que se lo lega para pagarle, se produce un *“concursum causarum”*. Se denomina con tal expresión al fenómeno que se presenta cuando el acreedor de una especie se vuelve a hacer acreedor de la misma especie, caso en el cual el concurso es de dos causas obligacionales; o bien adquiere ese acreedor la cosa que le es debida dar, merced a una causa distinta al pago de la obligación por la cual le es debida, y ahora el concurso es de una causa de obligación con una de adquisición. La concurrencia de los dos tipos extingue la deuda, si ambas causas de obligación, o la causa de obligación y la adquisitiva fueron lucrativas, o ambas onerosas. Como en el caso que examinamos, una de las causas es siempre lucrativa, pues de legado se trata, hay extinción cuando la causa original fue lucrativa también; mas no la hay si fue onerosa.

Supóngase que el testador debía dar el fundo Corneliano por donación a alguien; y que después lo lega a su acreedor, sin decir que se lo debe o que le lega

⁷⁶ Para la explicación de por qué se produce la extinción de la deuda original, véase GUZMÁN BRITO, A., *DPR*, cit (n. 10), II, p. 677.

lo debido. Como la causa de la obligación original del fundo era lucrativa y la causa de la adquisición del mismo fundo, si el legado fue de efecto real, también lo es, la deuda donatoria, que hubiera sido ahora del heredero, se extingue; y también se extingue si el legado fue obligacional. Así, pues, con la adquisición del fundo advenida merced al legado real, o con la deuda del fundo nacida del legado obligacional, se libera el deudor, o sea, el heredero, pues ya nada le falta a su acreedor, quien ha obtenido o ha de obtener el único lucro que le estuvo destinado por la donación; de no producirse la liberación, vale decir, de forzar a añadir al fundo el valor del mismo, el acreedor recibiría más, y no hay razón para que reciba más.

Supóngase ahora que el testador debía el fundo por causa de venta, y que se lo lega al comprador, sin decir que es para pagarle o que le lega lo debido. No bien el acreedor haya adquirido el fundo merced al legado real, o un crédito sobre el fundo, merced al obligacional, no se libera el heredero del deudor, quien debe ahora el valor del fundo, porque, de lo contrario, el acreedor perdería el lucro que le estuvo destinado por la causa del legado, y no hay razón para que lo pierda⁷⁷.

b) Supuesto que hubo un legado expreso de lo debido, el legatario-acreedor puede atenerse a los términos de su crédito original contra el testador, y ahora contra sus sucesores, o a los términos del crédito expresados por el testador, también contra ellos, o contra el asignatario específico gravado con el legado, a su arbitrio⁷⁸. Si el legado fue concebido como real, su aceptación por el legatario-

⁷⁷ Véase mi trabajo citado más arriba, en la nota 44.

⁷⁸ Atendido esto, la cláusula de la primera parte del inciso 2°: “*se deberá reconocer-contratado la obligación*” no tiene sentido frente a la cláusula que sigue. Aquella parece referirse a la parte deudora, o sea, al o a los sucesores, que deben escoger una de las alternativas de reconocimiento ahí indicadas; pero si el acreedor, a su arbitrio, puede estar a la deuda original o a la dicha en el testamento, ¿de qué vale el reconocimiento que hagan los sucesores? Puede ocurrir que estos reconozcan la deuda según el testamento; pero igual el acreedor tiene el arbitrio de atenerse a la deuda original. Pero hay otra posibilidad de interpretación. El inciso 2° del artículo 1241 del “Proyecto de 1853”, del que deriva el inciso 2° del artículo 1131 CC., decía: “*En este caso, se deberá reconocer la deuda en los términos que lo haya hecho el testador, o en que se justifique haberse contratado la obligación [...]*”, en conformidad con el § 665 del código austriaco, citado en la nota a ese inciso. En el “Proyecto Inédito”, artículo 1249 inciso 2°, se añadió esta cláusula “[...] *y el acreedor podrá a su arbitrio exigir el pago inmediatamente o al vencimiento del plazo que se hubiere estipulado con él*”. Tal cláusula quedó transformada así en el artículo 1131 inciso 2° del “Proyecto de 1855”: “[...] *y el acreedor podrá a su arbitrio exigir el pago en los términos a que estaba obligado el deudor o en los que exprese el testamento, o al vencimiento del plazo que se hubiere estipulado con él*”. La última frase: “*o al vencimiento-con él*” desapareció en el inciso 2° del artículo 1131 CC. La cláusula añadida en el “Proyecto Inédito” se refería, por consiguiente, al plazo para pagar, y daba al acreedor la alternativa de exigir el pago inmediatamente, vale decir, según el legado, o bien al vencimiento establecido para la deuda original. Si nosotros suponemos que el sentido de la cláusula según la versión del “Proyecto de 1853” es el mismo que el de la cláusula del “Proyecto Inédito”, referido, por ende, al tema de los plazos para pagar, y que tal idea fue vertida con recurso a la palabra “términos”, aunque sin advertir que la última frase “*o al vencimiento del plazo que se hubiere estipulado con él*”, repetía la idea de la frase: “*los términos a que estaba obligado el deudor*” (lo que explica su posterior supresión en el código), entonces ya no hay contradicción en la norma. Se aceptará, en consecuencia, que en ella la palabra “*términos*”, usada dos veces, lo es en dos sentidos distintos: en la primera parte, significa la “manera

acreedor implica elección de los términos del testamento, porque con ella adquiere la cosa; su repudio, por cierto, envuelve elección de los términos originales de la deuda. Su “arbitrio”, pues, lo ejerce al aceptar o repudiar el legado. Si éste fue establecido bajo forma obligacional, la aceptación del legado no implica elección de los términos del testamento, porque aún no adquiere la cosa, y todavía puede escoger unos u otros el legatario-acreedor; pero el repudio envuelve elección de los términos de la deuda original.

En la alternativa que le da la norma, va implícito que escogidos unos términos, ya no puede atenerse a los otros; lo cual significa que si demanda con la acción original, ya no puede demandar con la del testamento, y viceversa; y que si acepta el pago de la deuda testamentaria ya no puede exigir el de la deuda hereditaria, y viceversa. Dicho de otro modo, el ejercicio de una u otra acción, o la recepción del pago de una u otra deuda, extingue la alternativa.

3. No debe confundirse el legado de lo debido, con la deuda confesada en el testamento. Se entiende por tal una declaración del testador en orden a deber algo a alguien. Es pues, un acto voluntario de reconocimiento, equivalente *mortis causa* al reconocimiento entre vivos de deuda previsto por el artículo 435 CPC., y constituye una prueba, aunque en principio no ejecutiva, de la deuda reconocida. Cuando tiene eficacia, el acreedor sólo puede ejercer su acción original, no bien apoyada en ese medio de prueba, y no, alternativamente, la acción emanada del testamento. En suma, la deuda confesada en el testamento no es un legado.

El código da eficacia a la confesión testamentaria de una deuda sólo si, además, hay un principio de prueba de esa deuda, por escrito (artículo 1133 CC.). En tal caso, rige lo que acabamos de expresar. Si, por el contrario, no existe un principio de prueba por escrito, el código convierte a la deuda confesada en legado, pero ordinario, al que llama “gratuito”, para diferenciarlo del legado de lo debido, y, por ende, lo sujeta “a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase” (ibídem). Las razones de semejante conversión son conocidas: evitar que el testador aumente fraudulentamente el pasivo hereditario en perjuicio de terceros con interés en la sucesión, como los legitimarios, o del fisco por sus impuestos, o de los acreedores hereditarios, o en burla de la ley, como aquellas que establecen incapacidades sucesorias, etcétera.

4. Puede, empero, plantearse el mismo problema con respecto al legado de lo debido, si el testador ordena pagar algo como debido, en circunstancias de no deberlo en realidad, a sabiendas. Con semejante procedimiento, igual pueden operar los perjuicios y burlas que con la invalidez de la confesión de deudas en el testamento sin principio de prueba por escrito la ley se trata de evitar. En efecto, para la validez y eficacia del legado de lo debido no se exige el reforzamiento de un principio de prueba por escrito, ni nada parecido.

El código presenta una disposición solo encaminada a prever el error del testador. Dice su artículo 1132: “Si el testador manda pagar lo que cree deber y no

forma”; en la segunda, significa “los plazos”. Entonces el inciso 2° viene a decir: “Los sucesores deben reconocer la deuda en la forma en que lo haya hecho el testador o en que se justifique haberse contraído la obligación; y el acreedor podrá a su arbitrio exigir el pago en el plazo a que estaba obligado el deudor o en el que exprese el testamento”.

debe, la disposición se tendrá por no escrita". Es la aplicación *mortis causa* del mismo principio que rige al pago de lo no debido. Si por error se paga lo indebido, se puede repetir lo pagado (artículo 2295 CC.); ahora, si por error se manda en el testamento pagar lo indebido, el mandato se tiene por no escrito; en el primer caso, puesto que la cosa se trasladó, la solución es la repetición; en el segundo, cuando el legado fue obligacional, si no hubo traslado, es suficiente la invalidez de la disposición para detener la acción del legatario; pero si lo hubo, hay que repetir como pago indebido. Esta misma invalidez afecta al legado que fue real, con la diferencia que entonces pudo ser que la especie haya pasado a la posesión (no al dominio, atendida la invalidez de su título) del legatario y procede la recuperación, no la repetición, por el o los herederos, probablemente merced a la reivindicatoria; si la especie no había pasado al legatario, la reivindicatoria de éste para obtenerla no podrá prosperar.

Pero es necesario que haya habido error. Resulta claro, en consecuencia, que si el testador manda pagar algo debido, que a sabiendas no debe, tal hipótesis no queda cubierta por el dictado del artículo 1132 CC. Tal dictado proviene del artículo 1250 inciso 1° del "Proyecto Inédito". En los proyectos anteriores, él era muy distinto. Decía el artículo 52 inciso 5°, del § 6 del título 7° del "Proyecto de 1841-1845", aparecido en *El Araucano* N° 593, de 31 de diciembre de 1841: "*Si se manda pagar una deuda que no existe, la disposición se tendrá por no escrita*"⁷⁹. En idénticos términos se expresaron el "Proyecto de 1846-1847" (artículo 112 inciso 5°) y el "Proyecto de 1853" (artículo 1242). Los revisores de este último, pues, concibieron el nuevo tenor aparecido en el "Proyecto Inédito" y pasado al código. Como se ve, según la redacción original, bastaba que la deuda no existiera para que la orden de pagarla se tuviera por no escrita, con independencia de si el testador creía o no en su existencia. La nueva redacción exigió, en cambio, su creencia en deber; y con ello dejó fuera el caso de saber él que no existe la deuda que manda pagar. Probablemente, los revisores obraron movidos por el espíritu de simetría con el pago indebido que exige, como vimos, error; porque así como el que paga lo debido a sabiendas de no deberlo, en realidad dona (artículos 2299 y 1397 CC.), así el que ordena en su testamento pagar lo que debe a sabiendas de no deberlo, en realidad lega (en forma normal); sin reparar los revisores en que así ponían la nueva norma en contradicción con el régimen de las deudas confesadas, porque el testador puede burlarlo con el simple expediente de no confesar nada, pero sí ordenar pagar una deuda inexistente, sin que en tal caso se le exija un principio de prueba por escrito.

[Recibido el 19 de enero y aceptado el 30 de marzo de 2006].

⁷⁹ En BELLO, Andrés, *Obras completas de don* [...] (Santiago de Chile, por Pedro G. Ramírez, 1887), XI: *Proyectos de Código Civil*, p. 75.