

346.052  
R 788a  
1978  
F.J. y C.S.

ej. 3

091424

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL  
Y  
ASIGNACIONES A TITULO SINGULAR

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR:

*Juan Ramón Rosales y Rosales*

PARA OPTAR EL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1978

SAN SALVADOR

—

EL SALVADOR

—

C. A.





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
AUTORIDADES CENTRALES

CONSEJO DE ADMINISTRACION PROVISIONAL  
DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DR. FRANCISCO VEGA GOMEZ, HIJO

SECRETARIO:

DR. EDMUNDO JOSE ADALBERTO AYALA MORENO

# DEDICATORIA:

*A mis inolvidables padres, ya fallecidos:*

*Dr. José Damián Rosales y Rosales  
y María Julia Umaña de Rosales y Rosales.*

*A mi abnegada esposa e hijos:*

*Yolanda D. de Rosales y Rosales,  
José Damián, María Elizabeth, Sandra Eugenia,  
Mirella Eunice y Juan Ramón.*

*A mi inolvidable amigo y Jefe:*

*General Fidel Sánchez Hernández.  
Ex-Ministro del Interior y Ex-Presidente de la República.*

*A mis amigos,*

*General Armando Leonidas Rojas  
y Dr. Oscar Rodríguez Díaz,  
Ministro del Interior y Subsecretario del Interior,  
respectivamente.*

*A mis amigos de hoy y de siempre,*

*Ricardo Martell Caminos y Dagoberto Orrego Candray.*

*A todos mis profesores, compañeros de estudio y amigos, que  
en una u otra forma, me alentaron en mis horas difíciles,  
para que no desmayara en la consecución de esta meta,  
que hoy he logrado, sin defraudarlos.*

*Dejo aquí en esta página, mis sentidos  
e impercederos agradecimientos.*

*1978.*

## TRIBUNALES DE EXAMENES GENERALES DE PRIVADOS DE DOCTORAMIENTO:

### CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Francisco Bertrand Galindo.  
Primer Vocal: Dr. Ronoldy Valencia Uribe.  
Segundo Vocal: Dr. Carlos Ernesto Mojica.

### MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. José Ernesto Criollo.  
Primer Vocal: Dr. Oscar Lacayo Rosales.  
Segundo Vocal: Dr. Juan Portillo Hidalgo.

### MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Arturo Argumedo, h.  
Primer Vocal: Dr. Juan Hernández Segura.  
Segundo Vocal: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz.

### ASESOR DE TESIS:

Dr. Atilio Rigoberto Quintanilla.

### TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

Presidente: Dr. Jacinto Humberto Coto Alfaro.  
Primer Vocal: Dr. Benjamín Ramírez Pérez.  
Segundo Vocal: Dr. Jorge Armando Ángel Calderón.

## ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL

Y

## ASIGNACIONES A TITULO SINGULAR

### PRIMERA PARTE

#### CONCEPTOS BASICOS

Sucesión por causa de muerte, significa suceder a una persona difunta, en sus bienes, derechos y obligaciones. La sucesión por causa de muerte en cuanto a la transmisión que se opera en ella, no modifica la extensión ni el contenido del derecho, porque éste, permanece sin alteración tanto en su naturaleza como en sus efectos. La sucesión por causa de muerte da origen al derecho real de herencia, en el cual se afirma el concepto del dominio, éste por una ficción de la ley nunca desaparece; desaparece el titular, pero no el dominio. El Art. 956 C. dice que la sucesión de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; luego el Art. 957 C., dice, que la delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. La delación hereditaria se produce simultáneamente a la muerte del causante. El Art. 669 C. dice, que la tradición de la herencia se verifica por ministerio de ley a los herederos en el momento en que es aceptada. En el último inciso, del Art. en comento dice, que la tradición de la herencia se retrotrae al momento de la delación. Entonces una herencia puede ser aceptada después de dos años de la muerte del causante, pero el dominio no desaparece, porque en el momento en que los herederos aceptan la herencia, reciben la tradición de la misma, pero el dominio lo tienen desde el momento de la delación de la herencia, porque se retrotrae a ese momento.

Los seres humanos tenemos un patrimonio, el cual no significa riqueza, sino que es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, susceptibles de ser transmitidos por causa de muerte. Desde un punto de vista económico, define Roca Sastre el patrimonio como "el total conjunto de derechos y obligaciones, en su apreciación económica, atribuida a un solo titular" (1); pudiéndose considerarse como requisitos indispensables para su existencia, el hecho de que viva la persona a la cual pertenece el conjunto de medios que la beneficien. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, define Ruggiero (2), el patrimonio, como "el conjunto de relaciones jurídicas, activas y pasivas, pertenecientes a una persona, que tengan utilidad económica y sean susceptibles de estimación pecuniaria".

No es lo mismo el patrimonio del causante que el patrimonio de la sucesión, porque hay derechos y obligaciones del causante, que son intransmisibles, que no pueden pasar a la sucesión por causa de muerte, ésta transmite los derechos reales, así como también los derechos personales o créditos.

Los derechos intransmisibles a los herederos son: el derecho de usufructo (Art. 776 inc. 2º C.), salvo el caso por el cual, el usufructo se haya constituido por tiempo fijo y a título oneroso (Art. 809 inc. 2º C.), sin esta excepción, se extingue por la muerte del usufructuario; los derechos de uso y habitación (Art. 821 inc. 1º C.), los cuales además no pueden transferirse por acto entre vivos; los derechos o expectativas del asignatario condicional que muere y queda pendiente la condición suspensiva (Art.

(1) (2): Diccionario de Derecho Privado, Reimpresión 1967, Tomo II. Editorial Labor, S. A., Calabria, Barcelona, Pág. 2939, 2ª Columna..

1060 inc. 2º C.); el derecho de alimentos (Art. 352 C.); no se transmite a los herederos la acción revocatoria de las donaciones entre vivos, por causa de ingratitud, a no ser que el donante la haya intentado en vida, que su muerte haya sobrevenido por el hecho ofensivo (Art. 1301 C.); es intransmisible el derecho de los comodatarios a los herederos, para que gocen de la cosa que les fue prestada (Art. 1944 C.), con excepción de que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no puede diferirse o suspenderse (Art. 1938 Nº 1º C.); y por último no se transmite el mandato, porque éste desaparece ya sea por la muerte del mandante o la del mandatario (Art. 1923 Nº 5 C.), se exceptúa el mandato que aún no ha terminado de ejecutarse, después de la muerte del mandante (Art. 1928 C.).

Las obligaciones intransmisibles a los herederos son: todas aquellas cuya ejecución depende de aptitudes especiales o técnicas del deudor, como cuando un escultor es contratado para hacer una escultura y antes de terminarla muere, esa obligación, no se transmite a los herederos del asignatario, pues es lo contrario a lo que expresa el Art. 1076 C., que dice, que si el modo consiste en un hecho tal, que sea indiferente la persona que lo ejecute es transmisible a los herederos del asignatario; no se transmite a los herederos, la solidaridad, porque éstos conjuntamente están obligados al total de lo adeudado, pero cada uno de ellos, en forma individual, al pago de aquella cuota de la deuda, conforme a su cuota hereditaria (Art. 1235 C.).

En nuestro Código Civil de 1860, la sucesión por causa de muerte estaba clasificada entre los modos de adquirir el dominio. Era derivativo, pero con las reformas del Código Civil en 1902, quedó como título traslativo de dominio, el cual se produce con la declaratoria de herederos, que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. A ese respecto la Comisión reformadora de 1902 dijo: “que el Código Civil de 1860 confundía muchas veces los títulos con los modos de adquirir el dominio, como puede verse en el Art. 766, donde la ocupación, la accesión y la prescripción se hacen figurar como títulos, cuando según el Art. 658, son modos de adquirir el dominio”. Por eso el Art. 602 del Código Civil de 1860, que fue el Art. 614 en la edición de 1880 y Art. 658 en la edición de 1893, desapareció, el cual decía así: “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción”.

Dentro de la sucesión por causa de muerte, las asignaciones son a título universal y a título singular.

Son a título universal, cuando el heredero recibe una universalidad de bienes, formada por todos los del causante o una cuota de esos bienes del causante o difunto y entonces se le llama heredero universal o heredero de cuota. (Art. 952 incs. 1º y 2º C.).

Los asignatarios, pueden ser llamados por testamento o por la ley. En el primer caso, la sucesión es testamentaria y en el segundo caso es intestada o abintestato (Art. 953 inc. 1º C.).

Solamente en la sucesión testamentaria puede ser el asignatario instituido para suceder a título singular o legatario, que es cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de cierto género (Art. 952 inc. 3º C.).

En la sucesión intestada o abintestato, la ley regula esta clase de sucesión, a falta de testamento, por eso es que no existen las asignaciones a título singular o legatario, porque éstas, son producidas por el testamento, por voluntad expresa del testador, en la sucesión testamentaria.

Las asignaciones que hace la ley, son siempre a título universal, en la sucesión intestada.

Tanto el heredero universal como el heredero de cuota y el legatario, son asignatarios.

El Art. 953 inc. 2º C., expresa que “la sucesión en los bienes, de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada”. Esto naturalmente se refiere, cuando se sucede en virtud de un testamento y este caso, nuestro Código Civil lo tiene, siguiendo la tradición del Derecho Romano y del Derecho Español. Es a la vista una situación mixta, porque la sucesión testamentaria obra por la voluntad del causante, que la expresa en su testamento. En cambio, la sucesión intestada o abintestato, debido a la ausencia del testamento, es llamada también legítima, porque la ley la regula y es por ministerio de ley que se hace la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de la persona difunta, a los herederos, prevaleciendo en esta clase de sucesión, el parentesco en sus

diferentes grados de proximidad con el causante. Es decir que en este caso, la ley suple la voluntad del difunto, que no la expresó por medio del testamento (Art. 988 C.). Lógicamente en el caso mixto, ya apuntado en el Art. 953 inc. 2º C., en que los asignatarios de la parte intestada, son los herederos, es porque ellos tienen el parentesco con el causante.

Respecto al mismo Art. 953 C. podemos decir, que la sucesión opera en relación al activo y al pasivo del causante y se ha criticado que en el inc. 2º, menciona solamente la palabra "bienes", cuando debería decir: "bienes, derechos y obligaciones".

El fenómeno mixto que produce el Art. 953 C., nos hace pensar con lógica que el testador dispuso parcialmente de sus bienes, pero que quiso que el resto de sus bienes pasaran sucesoralmente a sus herederos legítimos o abintestatos.

Las asignaciones por causa de muerte, entonces, las hace el testamento que es producido por el hombre, o las hace la ley. Y asignatario es la persona sobre quien recae la asignación (Art. 954 C.). El testador al morir se le llama difunto o causante, este último nombre que se le da, es porque él es quien produce la causa cuyo efecto jurídico es la adquisición de la asignación, sea ésta testamentaria o abintestato.

Las herencias, son asignaciones a título universal, que se refieren al patrimonio que en su totalidad deja el causante al morir o a una cuota del mismo; los legados, son asignaciones a título singular. En el primer caso, quien recibe la herencia, se llama heredero y en el segundo, legatario (Art. 955 C.).

Las asignaciones que hace la ley, en la sucesión abintestato, son siempre a título universal.

Los herederos pueden ser, testamentarios o abintestato. La ley no instituye legados, por eso no existen legatarios abintestato.

## SEGUNDA PARTE

### DE LAS ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL

Las asignaciones a título universal son aquellas en las cuales se sucede en la universalidad del patrimonio o en una cuota de éste.

Fundamentalmente en esta clase de asignaciones tiene consistencia la vocación hereditaria del asignatario, puesto que recae sobre la universalidad del patrimonio o sobre una cuota de esa universalidad.

#### A—) CALIFICACION DE LA ASIGNACION

Tratándose de asignaciones a título universal o de herencia, importa la manera como la ley hace el llamamiento, pues tiene el testador, que hace la asignación, que abarcar con ella, la universalidad del patrimonio o una cuota de éste. En este caso, es indiferente, que las palabras empleadas por el testador en la asignación, designen una cosa distinta, porque lo importante es que se atienda la naturaleza o contenido de la disposición. Si el testador dice: "Instituyo a Juan legatario de todos mis bienes inmuebles y de mis cuentas bancarias", por más que haga uso de la palabra "legatario", ha hecho una institución de heredero, pues se entiende que el testador no quiso llamar a Juan o designarlo para suceder a título singular, lo que hizo en realidad fue calificarlo como heredero y como consecuencia, Juan, representa al testador, sucediéndole en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, obligándolo debido a esa representación, ya que fue instituido heredero, a las cargas testamentarias, las cuales "se constituyen por el testamento mismo y que no se imponen a determinadas personas" (Art. 1078 C.).

## B—) HEREDERO. CONCEPTOS

El heredero tiene una identificación completa con el causante. La palabra heredero, dicen unos, que viene de la voz latina "hereus", que significa amo, señor, dueño. Otros expositores dicen que dicha palabra viene etimológicamente de "heres", que significa estar pegado a algo. En realidad, cualesquiera que fuera el concepto que se le reconociera, ello está significando, que el heredero es el dueño y señor en la sucesión, es el propietario, porque es llamado a la universalidad del patrimonio, sin referencia a una cosa singular, genérica o específica. Esa es la característica esencial. Por eso nuestra ley emplea una expresión, significando lo que es el heredero, cuando dice que los herederos "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" (Art. 1078 inc. 1º C.).

En la norma anterior, el legislador no empleó la palabra "bienes", y al faltar este elemento, olvidó, el aspecto de la universalidad del patrimonio del causante. Usa la palabra "representan", la cual ha sido considerada por algunos tratadistas, en cierto modo incorrecta, porque esa expresión, dicen, está significando actos ejecutados a nombre de otra persona, y mal podría decirse que un heredero representa a una persona que ha fallecido, que ha dejado de ser sujeto de derecho y que al morir, ha hecho posible la transmisión hereditaria, apareciendo por eso el heredero. Los que han criticado la expresión aludida, dicen que es más jurídico el concepto de "continuador de las relaciones jurídicas del causante", en las cuales éste, formaba parte como sujeto activo o pasivo. Lo cierto es que lo que la ley ha querido es, que el heredero ocupe el puesto del causante, respecto a sus bienes, derechos, acciones y obligaciones transmisibles, lo cual es así, por razones de orden público, para que la relación jurídica no se rompa por la falta de uno de los sujetos que la integran y por ello, es necesario concluir, diciendo, que el heredero es el continuador de la persona del causante en el activo y el pasivo patrimonial.

En nuestro Código Civil, cuando trata de los títulos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad, dice que los títulos no surten efectos contra terceros, sino desde su presentación al Registro y agrega, que se estima tercero al que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción y enfatiza después, diciendo: Que "el heredero se considera como una sola persona con su causante" (Art. 680 C.).

Es heredero universal aquel asignatario que ha sido llamado a la sucesión en términos generales que no designan cuotas, como "Sea Juan mi heredero", o "Dejo mis bienes a Juan" (Art. 1079 inc. 1º C.).

También son herederos universales, cuando el testador nombra a varios herederos sin expresar cuotas, pero a cada uno de ellos, le corresponderá una parte alicuota del patrimonio y no por ello, se convierten en herederos de cuota. Ej.: "dejo mis bienes a Pedro, Miguel y José", dice la disposición testamentaria. Los tres son llamados, y les corresponderá un tercio de la herencia (Art. 1079 inc. 3º C.).

Si el asignatario que ha sido llamado en términos generales, concurre con herederos de cuota, aquél, tendrá derecho a lo que falte para completar la unidad (Art. 1079 inc. 2º C.).

Cuando el testador dice: "instituyo heredero a Miguel" y luego agrega: "dejo un cuarto de mis bienes a José". El heredero universal será Miguel quien tendrá derecho a los tres cuartos que faltarían para completar el entero (Art. 1079 inc. 2º C.). José es aquí el heredero de cuota.

La frase final del Art. 1079 C., significa que cuando varios asignatarios son llamados sin expresión de cuotas y concurren como herederos de cuota, a éstos les tocará aquella cuota que falte para completar la unidad y la dividirán por partes iguales. Eso quiere decir la frase, "la parte de ella que les toque". Ej.: dice el testador: "Instituyo herederos a Pedro y Miguel" y después agrega: "dejo tres cuartos de mis bienes a José". En este caso, Pedro y Miguel, recibirán el cuarto que falta para completar la unidad y se lo dividirán en iguales partes.

El heredero del remanente, es heredero de la cuota que queda en el patrimonio del causante (Art. 1080 C.; 1081 C.).

## C—) OBLIGACIONES DE LOS HEREDEROS

Los herederos son obligados a satisfacer las deudas hereditarias, que son aquellas que el causante tenía en vida. Estas deudas son satisfechas a prorrata de las respectivas cuotas de los herederos, a excepción del heredero beneficiario, que no está obligado al pago de ninguna cuota, de las deudas hereditarias, sino que, hasta el límite de lo que vale lo que hereda (Art. 1235 C.). Esto es así, sin perjuicio a lo dispuesto en los Arts. 1237 C. y 1397 Nos. 4 y 5 C. Heredero beneficiario es aquel que acepta la herencia con beneficio de inventario. Este beneficio tiene por objeto limitar la responsabilidad del heredero que acepta la herencia, en el sentido de que paguen las obligaciones hereditarias y testamentarias, hasta concurrencia del valor total de los bienes que heredan (Art. 1169 C.).

Ya dijimos, que el heredero representa al causante; que es continuador de la persona del difunto, por lo tanto recoge el activo y el pasivo del patrimonio heredado. Lo cual, es un principio general que se extiende a todas las obligaciones del difunto. Esas obligaciones trasladadas a los herederos son:

### I—La división ipso jure del pasivo

Se produce ipso jure (de pleno derecho), a prorrata de las cuotas hereditarias, la división del pasivo, automáticamente.

El acreedor tendrá en lugar de un deudor único, varios deudores, porque al morir el causante, la deuda se divide entre los herederos. Es decir, que al morir el causante deudor, convierte su obligación, en una obligación conjunta (Art. 1235 C.).

Tiene una consecuencia lógica la división del pasivo: no se necesita llevar a cabo la partición, porque no hay comunidad en las deudas hereditarias. El acreedor puede hacerse pagar demandando a los herederos, a partir de la muerte del causante en la parte que le quepa en la deuda.

### II—Los créditos hereditarios se dividen

Es importante saber, si los herederos del acreedor difunto se dividen ipso jure, entre ellos, así como las deudas, los créditos hereditarios.

La mayor parte de tratadistas, son de opinión, que los créditos del difunto, se dividen también, entre los herederos, automáticamente, de pleno derecho. Cada heredero por lo tanto, sin necesidad de llegar a la partición, puede cobrar la parte o cuota que le corresponde en uno o más créditos y al mismo tiempo, el deudor no podrá oponer ninguna excepción, para cumplir su obligación, aduciendo la no adjudicación del crédito, en todo o en parte, al heredero que ha demandado o reclamado el pago de su cuota en el crédito.

Lo anterior se desprende del Art. 1397 N° 4 inc. 3° C., cuando se refiere la disposición a los casos de indivisibilidad de pago, y se concluye que los herederos del acreedor, al no entablar conjuntamente su acción “no podrán exigir el pago de la deuda, si no a prorrata de sus cuotas”. Por lo tanto, cada uno de los herederos, a contrario sensu, en forma individual, podrá reclamar o demandar el pago de su cuota. Si esto es así, con mucha más razón esa regla sirve también, para las obligaciones simplemente conjuntas.

De la división inmediata o de pleno derecho de las deudas hereditarias y créditos a favor de los herederos, se derivan dos consecuencias, las cuales son:

*Primera:* Se caracterizan las obligaciones simplemente conjuntas, porque existen tantas deudas como herederos deudores, por lo que la cuota del deudor insolvente no grava en ningún momento a sus codeudores. Esta consecuencia aparece en el Art. 1236 C., cuando dice: “La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros”.

Hay una excepción, y es cuando la insolvencia de uno de los herederos grava a los demás, es el caso del Art. 1216 C., cuando dice: “Los herederos mayores que tengan la libre administración de sus bienes y los respectivos deudores y curadores, están obligados a exigir que del efectivo de la masa hereditaria, o de las especies más saneadas y de más cómoda realización se señale un lote o hijuela

suficiente para cubrir las deudas conocidas, y el partidor aun en el caso del artículo 1197 C., y aunque no sea requerido a ello por los herederos, estará obligado a formar dicho lote o hijuela, para salvaguardar los intereses del acreedor.

“La omisión de las expresadas obligaciones hará responsables a las personas de que habla el antecedente inciso y al partidor de todo perjuicio respecto a los acreedores” (Art. 1216 inc. 2º C.).

*Segunda:* Se encuentra en el Art. 1238 C., que dice: “Si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria la cuota que en este crédito o deuda le quepa, y tendrá acción contra sus coherederos a prorrata por el resto de su crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda”.

Vemos que entre el causante y el heredero hay mutuas obligaciones que se extinguen por confusión; dicha extinción se produce hasta concurrencia de la cuota en la deuda o en el crédito.

Si un heredero es acreedor del difunto, se divide la deuda entre éste y el resto de los herederos, por lo que la obligación se extingue hasta concurrencia de la cuota que le corresponda al heredero acreedor y por el saldo tendrá acción contra los herederos.

También, si un heredero es deudor del difunto, se dividirá el crédito entre los herederos, incluyendo al heredero deudor. En esta forma se extinguirá la deuda hasta concurrencia de la cuota o porción que le corresponda al heredero deudor en el crédito y éste quedará obligado a pagar el saldo a sus coherederos.

Con esta regla se comprende, que tanto las obligaciones activas y pasivas, se dividen entre los herederos.

El principio de la división de las deudas a prorrata de las cuotas hereditarias, tiene algunas excepciones, que se relacionan:

- 1—) Con el Beneficio de Inventario.
- 2—) Con las obligaciones indivisibles; y
- 3—) Con la institución de herederos usufructuarios.

1—) El Beneficio de Inventario, está comprendido en lo que se refiere a la excepción apuntada en el Art. 1235 inc. 3º C., el cual consiste en que el heredero beneficiario no compromete su propio patrimonio, sino que, el patrimonio del causante. Es decir, que dicho beneficio pone un límite a la responsabilidad del heredero.

2—) Respecto a esta excepción podemos decir, que cuando se dividen las deudas entre los herederos, se supone que se trata de obligaciones divisibles; este fenómeno no se puede dar en las obligaciones indivisibles. El Art. 1399 C., dice: “Cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total”.

El Art. transcrito se relaciona con el Art. 1235, inciso final C., el cual advierte, que la regla que se refiere a la división a prorrata, se entiende además, sin perjuicio a lo dispuesto en los Arts. 1237 y 1397 C.

a) Puede ser divisible la obligación principal, la cual se dividirá entre los herederos a prorrata de sus cuotas, no así, la prenda y la hipoteca porque son indivisibles y el acreedor puede intentar la acción hipotecaria o prendaria contra el coheredero que posea los bienes hipotecados o empeñados (Art. 1397 Nº 1º C.).

b) Contra el coheredero que tenga en su poder la especie o cuerpo cierto que se debe y que es indivisible, se intentará la acción correspondiente, ya que este coheredero tiene la obligación de entregarla (Art. 1397 Nº 2º C.).

c) Si con el causante se hubiere estipulado que los herederos no podrán hacer el pago por partes, cada heredero entonces, deberá pagar el total, sin perjuicio de que los coherederos le reembolsen lo que haya pagado uno de ellos, en exceso sobre su cuota (Art. 1397 Nº 4º C.).

3—) El Art. 1235 C. inc. final, comprende la excepción en el caso del Art. 1237 C., que es cuando concurren herederos usufructuarios.

El Art. 1237 C., dice: “Los herederos usufructuarios dividen las deudas con los herederos propietarios, según lo prevenido en el Art. 1249 y los acreedores hereditarios tienen el derecho de dirigir contra ellos sus acciones en conformidad al referido Art.”.

La regla anterior es comprensible, porque si corresponde a unos herederos el usufructo y a otros la nuda propiedad, tuvo el legislador que dictar normas especiales para que las deudas se dividieran entre ellos, porque en la asignación hay dos interesados: el usufructuario y el nudo propietario.

Si solamente paga el heredero usufructuario, se enriquece injustamente el nudo propietario y si al contrario, quien paga es el nudo propietario, se enriquece injustamente el heredero usufructuario.

El Art. 1249 C., establece que el nudo propietario y el usufructuario se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que cupieren a la cosa fructuaria; y las obligaciones que unidamente les quepan se dividirán entre ellos conforme a las reglas que siguen:

a) El nudo propietario tiene a cargo las deudas, pero el usufructuario deberá pagarle intereses legales a aquél, sobre la cantidad pagada, por el tiempo que dure el usufructo (Art. 1249 N° 1 C.).

b) Podrá efectuar el pago el usufructuario, cuando el nudo propietario no puede hacerlo, pero el usufructuario tendrá derecho a que el nudo propietario le reembolse lo pagado, con sus respectivos intereses, al llegar a su fin el usufructo (Art. 1249 N° 2 C.).

c) Cuando la cosa fructuaria se vende para pagar una prenda o hipoteca constituida por el difunto, el usufructuario se subroga por ministerio de ley en los derechos del acreedor, en lo que respecta al usufructo, porque se aplica la regla del Art. 1247 C.

d) Cuando los interesados no acuerdan otra cosa, el usufructo que se constituye en la partición de una herencia se sujeta a las reglas anteriores (Art. 1252 C.).

### *III—Cuando el testador distribuye las deudas*

El testador perfectamente puede hacer por medio de su testamento, que los herederos dividan las deudas hereditarias de otra manera distinta que a prorrata de sus cuotas. Lo cual, sería obligatorio para los herederos, pero no para los acreedores hereditarios.

a—) El testador al manifestar su voluntad podría burlarse de los acreedores hereditarios, imponiéndoles el pago a herederos insolventes, por lo que dichos acreedores, no están obligados a respetar esa manifestación de voluntad.

Es claro al respecto el Art. 1239 C., que dice: que si el testador divide las deudas de diferente manera de la expresada en los Artículos 1235 C. y siguientes: “los acreedores hereditarios podrán ejercer sus acciones o en conformidad con dichos artículos o en conformidad con las disposiciones del testador, según mejor les pareciere”.

b—) Naturalmente que, los herederos son obligados por la decisión del testador, por eso, “tendrán derecho a ser indemnizados por sus coherederos (Art. 1239 C.), aquellos herederos que sufrieren mayor gravamen, que el que les impone el testador.

### *IV—Cuando las deudas se distribuyen por convenio de los herederos o por el acto de partición*

Los herederos pueden convenir distribuir las deudas en forma diversa o establecerse la distribución en el acto de partición.

Como en el caso anterior, los acreedores hereditarios, pueden optar por perseguir el pago de sus créditos contra los herederos a prorrata de sus cuotas o en la forma prevista en el convenio o acto de partición (Art. 1240 C.).

El Art. 1220 C., dice: Que el heredero puede tomar una mayor parte de las deudas para sí, de las que corresponderían a prorrata, toda vez que los demás herederos acepten, "bajo alguna condición", pero dicho Art. agrega: "no serán obligados conformarse con este arreglo de los herederos para intentar sus demandas". Refiriéndose por supuesto a los acreedores hereditarios o testamentarios.

#### V—Cuando se adjudican inmuebles hipotecados a un heredero

El legislador acuciosamente previó el caso en que varios inmuebles hipotecados de la herencia, sean adjudicados a los herederos.

No obstante que entre los herederos la obligación principal se divide a prorrata de sus cuotas, cuando se ejercita la acción hipotecaria, puede entonces, el acreedor exigir el pago total en cualquiera de los inmuebles hipotecados.

El Art. 1246 C., así lo expresa, aunque en esta disposición no hay "solidaridad", sino que una consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca.

Del modo anterior, puede verse compelido, el heredero adjudicatario, a pagar más de lo que le correspondería pagar a prorrata de su cuota y son consecuencias de ello, el Art. 1246 C. Inc. 1º, en la parte que dice: "sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos les toque de la deuda"; los incisos 2º y 3º del mismo, se refieren al hecho de que el acreedor ceda el crédito a uno de los herederos y éste por ello se subroga en sus acciones contra los herederos, en este caso uno de los herederos pagará la parte que le quepa en la deuda, y si entre los herederos hay un insolvente, su porción se repartirá entre el resto de los herederos a prorrata.

#### VI—Momento en que se pagan las deudas hereditarias

Para señalar el momento en que se pagan las deudas hereditarias, la ley establece una regla fundamental, la que dice: "se pagará a los acreedores hereditarios a medida que se presenten" (Art. 1254 inc. 1º C.).

La anterior regla se aplica "no habiendo concurso de acreedores, ni tercer opositor".

Cuando la oposición de terceros consista en que aleguen, principalmente, que de preferencia sus créditos deben ser pagados, no tendrá asidero, la regla del Art. 1254 inc. 1º C.

Primero se pagan las deudas hereditarias y después se satisfacen los legados, o deudas testamentarias. Sobre esto, hay algo discutible, ya que el Art. 1243 inc. 1º C., da por sentado el hecho de que a los legatarios se les han pagado sus legados con anticipación al pago de las deudas hereditarias, porque dice: "los legatarios no son obligados a contribuir al pago de los alimentos o de las deudas hereditarias, sino cuando el testador destine a legados alguna parte de la porción de bienes que la ley reserva a los alimentarios o cuando al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias". Aquí en esta disposición se entiende, que si los bienes no son suficientes para pagar las deudas deben rebajarse los legados en la medida que sea necesaria para satisfacerlas. Entonces, también la ley, contempla el caso en que se hubieren pagado los legados no obstante que se hayan satisfecho las deudas hereditarias. En este caso, los legatarios, por tal evento, concurrirán al pago de las deudas hereditarias, restituyendo de sus legados lo necesario, para que dichas deudas queden pagadas en su totalidad y por eso, los acreedores hereditarios, pueden reclamar el pago a los legatarios, de la cuota con que deben concurrir al pago de cada deuda hereditaria (Art. 1243 inc. 2º C.).

El Art. 1244 C., señala las reglas de preferencia, respecto a qué clase de legatario debe pagar en primer lugar, segundo lugar y tercer lugar las deudas hereditarias, que aparecieren después de haber sido entregados los legados.

De lo anterior se desprende que la disposición contenida en el Art. 1254 inc. 1º C., referente a "y pagados los acreedores hereditarios, se satisfarán los legados", tiene su excepción, como ya lo indicamos antes. Excepción, que más claramente se ve contemplada por el legislador en el inciso 2º del mismo

Art., que dice: "Pero cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución a las deudas". Concluyendo dicho Art. así: "Ni será exigible esta caución cuando la herencia esté manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios".

Nos preguntamos entonces, ¿No podría el heredero, so pretexto de esperar que aparezcan deudas hereditarias, negarse a pagar los legados? Ante esta pregunta que es eminentemente lógica, dado que, la disposición contenida en el Art. 1254 C. la permite, hemos tenido que relacionar con esa disposición, el artículo 588 Pr. que se encuentra en el Título III, DEL JUICIO EJECUTIVO, CAPITULO I, DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES y dice dicho Art. en el numeral 2º, que son instrumentos públicos, que traen aparejada ejecución, "las disposiciones testamentarias legalmente comprobadas en todo lo que no sea favorable a la testamentaria".

Vemos entonces, que las disposiciones testamentarias tienen fuerza ejecutiva, cuando son legalmente comprobadas en todo lo que sea desfavorable a la testamentaria. Sobre esto, en una conferencia que dictó el Dr. ROMEO FORTIN MAGAÑA y que intituló: "LA ACCION EJECUTIVA", la cual publicó la Asociación de Estudiantes de Derecho en 1961, aparece en la página 27, el subtítulo: "EJECUCION DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS. Transcribiremos lo más importante, para contestar la pregunta, objeto de esta investigación:

"Acabamos de mencionar el caso N° 2 del Art. 588 Pr., esto es "Las disposiciones testamentarias legalmente comprobadas en todo lo que no sea favorable a la testamentaria". Voy a detenerme un momento a considerar si la práctica de los Tribunales está de acuerdo con el significado real de dicha disposición".

"No es un capricho de la ley cuando dá disposiciones testamentarias legalmente comprobadas el carácter de ejecutivas. Debe entenderse, sin embargo, que sus alcances son limitados y que no puede ir más allá de lo que constituye el conjunto armónico de la acción ejecutiva. Teniendo eso presente, hay que, salvo los casos de cobro de rentas fiscales, municipales, etc. (cuyos motivos de excepción están expresados), en todos los otros casos en que la acción ejecutiva no es consecuencia de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o de circunstancias derivadas de ésta, el elemento voluntad de la persona obligada es indispensable. Al buscarse ese elemento debe quedar definido hasta dónde llega y cómo, por la misma ha quedado restringida la obligación".

"En disposiciones testamentarias se asigna un legado que supondremos es de dinero. Se pregunta: ¿Es ejecutiva esa disposición? *La práctica de los Tribunales dice que sí.* Con perdón de quienes así opinan, tengo razones por las cuales discrepo. Voy a expresarlas a continuación. Cuando expongo mis puntos de vista sólo tengo por objeto dar materia al estudio de los distintos problemas que toco en esta conferencia, para cada cual, a quienes estas cuestiones interesen, aporte a los casos, contemplados su estudio particular que contribuya a la decisión final".

"Bajo el aspecto teórico de la cuestión, cuyas bases queden planteadas, no pueden ser ejecutivas las disposiciones testamentarias que establecen legados, especialmente cuando la herencia ha sido aceptada con beneficio de inventario, porque el heredero se comprometió a pagar únicamente, hasta lo que arroje el inventario".

"Para establecer el saldo sucesoral, sobre el cual recaen las disposiciones testamentarias, deben pagarse, primero las deudas hereditarias, los impuestos sucesorales, las cuotas de sucesión, etc., es decir: debe liquidarse la sucesión".

"Bajo el aspecto del Derecho Positivo Salvadoreño, que está muy de acuerdo con la teoría antes sustentada, no puede tampoco considerarse como ejecutivas las asignaciones de legados, según paso a demostrar.

El número dos del Art. 588 Pr., *no dice que sean ejecutivas todas las disposiciones testamentarias legalmente comprobadas.* Si hasta allí llegara la disposición que comento, yo no tendría más remedio que inclinarme ante el criterio contrario, pero dicha disposición restringe y limita los alcances de la anterior proposición, pues agrega: "en todo lo que no sea favorable a la testamentaria". Esta disposición nos está indicando que no todas las disposiciones testamentarias son ejecutivas; esa disposición nos dice —a contrario sensu— que no son ejecutivas las que son favorables a la testamentaria".

“Entonces, para saber qué disposiciones testamentarias son ejecutivas tenemos que establecer previamente *cuáles disposiciones son favorables a la testamentaria y cuáles no lo son*”.

Entre nosotros no existe propiamente el juicio de testamentaria ni el de abintestato. Deficiencia es ésa por cierto muy lamentable, que da lugar a las dudas que se presentan en el caso que contemplamos. Tan necesario es un juicio en que puedan liquidarse todas las cuestiones sucesorales, como lo son el juicio de liquidación en las sociedades que se extinguen como lo es el de concurso y quiebra, en los casos de deudores insolventes. Si ese juicio universal existiera, no habría duda de que es allí donde todos los interesados en la sucesión tendrían que ventilar sus derechos”.

“Nosotros, si no tenemos esos juicios de testamentaria y de abintestato, en cambio tenemos tramitaciones sucesivas que principian con la de aceptación de herencia y que sigue con la de inventario y partición, sin contar las tramitaciones de apocisión de sellos y de separación de bienes que pueden seguirse en su caso. Esos expedientes no guardan la necesaria conexión y es en el de partición donde se dá término al arreglo sucesoral; en ese expediente se liquidan deudas y costas, se forma hijuela especial para esos pagos, pero no se dá intervención a los legatarios y demás acreedores, con lo cual flaquea el procedimiento para que por él se pueda tener como definitivamente liquidada la sucesión. Si así fuera, podrían de allí nacer eficaces derechos y obligaciones que con justicia dieran lugar a acción ejecutiva”.

“Como dejo dicho esa es una deficiencia legal; pero no es razón suficiente para que se *dé al N° 2 de Art. 588 Pr. Un alcance que no tiene*”.

“De lo que tenemos dicho, se deduce que un legado no puede considerarse como desfavorable; es, efectivamente favorable a la testamentaria. Por lo consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el N° 2 del Art. 588 Pr.: *un legado no puede reclamarse por la vía ejecutiva*”.

“Pero, se dirá. ¿Cuándo una disposición testamentaria puede ser ejecutiva por ser desfavorable a la testamentaria? Ahí vá un ejemplo: Hay un acreedor que tiene contra el difunto un documento privado donde consta que se le adeuda cierta cantidad de dinero, por obligación mutuaría; ese documento no está reconocido y, por lo consiguiente no es ejecutivo contra la sucesión. Pero, resulta, que el testamento dijo: “reconozco deber a X cierta cantidad de dinero que en tal ocasión me dió a mutuo, según consta de documento que obra en su poder de fecha tal, etc.”. “Esa obligación así contenida es sin duda alguna desfavorable a la testamentaria, por que no ha sido creada por voluntad del testador, sino que depende de obligación preexistente, lo que le dá naturaleza de deuda hereditaria. De acuerdo con el N° 2 de Art. 588 Pr., esa disposición testamentaria desfavorable a la testamentaria es ejecutiva”.

“Volviendo al caso del legado, contribuyen a dejar mejor asentada la naturaleza no ejecutiva de la obligación, otras disposiciones legales que voy a mencionar: el Art. 610 Pr., donde se establece que sólo son ejecutivas las cantidades liquidas: un legado no puede considerarse como obligación líquida, porque la cantidad que por ese legado debe pagarse depende de la cuantía del activo, del monto de las otras deudas sucesorales y del saldo líquido que quede después de efectuados esos pagos. Los Arts. 1235 al 1257 C., donde se establece la forma como deben pagarse las deudas hereditarias y testamentarias. Todas esas disposiciones, están indicando *que el heredero no puede considerarse como obligado al pago del legado sino hasta que exista resolución que determine hasta qué cuantía es posible pagar dicho legado*”.

“Resolver de otra manera es poner en posición privilegiada a los legatarios de dinero sobre los legatarios de especies y aún sobre los herederos, es poner en posición más ventajosa al legatario que por cualquier circunstancia se demora en su reclamación. Es finalmente, acumular acciones ejecutivas hereditarias con acciones ejecutivas testamentarias, en tramitaciones innecesarias, pues los acreedores hereditarios no tienen por qué acumular sus ejecuciones a las de aquellas personas que reclaman legados mientras hubiere una deuda hereditaria por cancelar. Es innecesaria esa tramitación porque el acreedor testamentario no puede ser relegado en presencia de acreedores personales del heredero, pues para evitarlo, la ley concede a aquellos el derecho de separación de bienes”.

“Otra disposición legal que está diciendo a las claras que no puede proceder la ejecución por legados, con vista del testamento, es la disposición contenida en el Art. 1254 C., en que dice: “No habiendo concurso de acreedores, se pagará a los acreedores hereditarios, a medida que se presenten y

pagados los acreedores hereditarios se satisfarán los legados". *Esas son circunstancias que deben probarse si se quiere reclamar el legado*; esa circunstancias dicen que la obligación del heredero principia, cuando se hayan pagado las otras deudas y que, mientras tanto, no hay mora en el cumplimiento de la obligación. Hay más, el inciso 2º del mismo Art. agrega: "Pero cuando la herencia no apareciera excesivamente gravada podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios, que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución de las deudas". Por ese inciso se ve: 1º) Que es potestativo del heredero. Dice, "podrá cubrir los legados antes que las deudas hereditarias; y 2º) Que en ese caso, los legatarios están obligados a rendir caución. Sin esos requisitos (considerados letra muerta por la práctica de los Tribunales), ¿cómo puede obligarse, por la acción ejecutiva, al heredero, a que pague los legados? ¿Cómo puede seguirse acción ejecutiva para ese cobro?"

"Queda por resolver cuál es el camino que debe seguirse, según nuestra legislación, para el cobro de los legados, en presencia de la deficiencia procesal de no existir entre nosotros el juicio de testamentaria o de abintestato. La cuestión no es difícil de resolver: las disposiciones sustantivas que deben tenerse presentes para liquidar las deudas hereditarias y testamentarias están contenidas en el Título X del Libro III C. Por falta de procedimiento especial hay que estarse a lo que dispone el Art. 127 Pr., disposición que está de acuerdo con lo que, para el mismo caso, dispone el Art. 610 Pr., que establece el juicio ordinario como procedimiento indispensable en el que se puede lograr la liquidación del correspondiente legado, juicio que, naturalmente tiene que ser seguido contra los herederos para establecer por ese medio la cuantía de todos los otros pagos a que están obligados dichos herederos y el saldo de la sucesión así, como la cuantía pagable del legado. Puede también, como ya he dicho, obtenerse esa liquidación en el juicio de partición (aunque sin intervención del legatario), por el procedimiento que indica el Art. 1240 C., y por aceptación posterior de lo convenido por parte del legatario. Finalmente esa liquidación puede también hacerse por la forma contractual, siempre que no haya perjuicio de otros interesados. Cuando se haya llegado a establecer así, quién es el heredero obligado al pago y cuál es la cuantía que por su legado debe pagarse, hasta entonces se podría decir que habría nacido la acción ejecutiva para reclamación de legado. La base ya no sería al Nº 2 del Art. 588 Pr., sino el Nº 1 del Art. 591 o tal vez el Nº 4 del mismo Art., en relación con el Art. 610 Pr., según el cual puede ocurrir para el caso: 1º) Que se pronuncie sentencia de liquidación; o 2º) Que se liquide la obligación por cualquier otro medio legal".

Hasta aquí el comentario del Dr. ROMEO FORTIN MAGAÑA respecto a la pregunta inquietante que nos hicimos ¿No podría el heredero, so pretexto de esperar que aparezcan deudas hereditarias, negarse a pagar los legados? El Dr. FORTIN MAGAÑA nos ha dado respuesta, y, compartimos con él, su criterio jurídico.

### 3—) *Los títulos ejecutivos contra el difunto se notifican.*

Los continuadores de la persona del difunto son los herederos, por eso es que los acreedores pueden accionar contra ellos, en la misma forma como podían hacerlo contra el causante.

Traen lógicamente, aparejada ejecución contra los herederos, los títulos ejecutivos contra el causante.

El legislador quiso dar un tratamiento especial a los herederos y exigió que para entablar ejecución contra ellos o proseguir la entablada contra el causante, previamente se les notificará y transcurrirá un plazo determinado. En ese sentido, el Art. 1257 C.; dice: "Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos". (Art. 592 Pr.).

## D) VARIAS CLASES DE HEREDEROS

En las asignaciones a título universal, se distinguen perfectamente tres clases de herederos, a saber:

Herederos Universales,  
Herederos de Cuota; y  
Herederos del Remanente.

Los herederos Universales son aquellos a quienes se les asigna el total del patrimonio del causante, sin que se exprese cuota.

Los herederos de Cuota son aquellos a quienes se les asigna una cuota o parte alicuota del patrimonio del causante.

Los herederos del Remanente, son aquellos a quienes se les asigna lo que sobra del patrimonio del causante, después de cumplirse otras disposiciones del mismo. Esta clase de herederos, no los hemos analizado con la amplitud necesaria y sí, ya vimos y establecimos, quienes son los herederos universales y quienes los de cuota. Nos resta pues hablar sobre los herederos del Remanente.

### *Herederos del Remanente*

El heredero del remanente, es aquel que es llamado a lo que reste de la herencia, después de que se cumple las demás disposiciones del testador, o como lo define don Manuel Somarriva Undurraga: (\*) "como aquel que es llamado por el testador o la ley a lo que queda después de efectuadas las disposiciones testamentarias. Su característica esencial es que llevan lo que resta de la herencia".

Cuando el testador dispone: "dejo un tercio de mis bienes a Miguel y el resto a Pedro"; está manifestando que Pedro, es el heredero del remanente.

Se pueden dar estos casos:

a) Que las cuotas que se disponen, completen la unidad o la sobrepasen y que en el testamento se designe además, un heredero del remanente.

b) Que las cuotas que se disponen, completen o sobrepasen la unidad y que en el testamento sea instiuido un heredero universal.

En el caso a) y en el caso b), conforme el Art. 1082 C., "nada tendrá" el heredero del remanente, así también, el heredero universal, propiamente dicho.

En cuanto a los asignatarios de cuota, la ley ordena en la disposición contenida en el Art. 1082 final C., que "en caso de exceso se rebajará a los asignatarios de cuota el excedente de ésta sobre la unidad o entero hereditario, haciéndose la rebaja a prorrata de las respectivas asignaciones".

El caso del Art. 1082 C., sería, por ejemplo el testamento de X, dice: "dejo a Pedro cuatro novenos de mis bienes; a Juan cinco doceavos; a Miguel dos tercios". Evidentemente X, dispuso de sus bienes excediéndose sobre la unidad.

a) Si el testador dispone que su testamento sólo contenga asignaciones a título singular, "el asignatario del remanente es heredero universal" (Art. 1080 C.). Por ejemplo: en el testamento aparece: "Dejo mi casa a Miguel y el resto de mis bienes a Pedro". Aquí, Pedro es el heredero del remanente.

b) En caso de que el testamento no instituya herederos y solamente contenga asignaciones a título singular, sucederán en el remanente de la herencia, los herederos abintestato. El Art. 1081 Inc. 2º C., dice: "Si en el testamento no hubiere asignación alguna a título universal, los herederos abintestato, son herederos universales". En este caso, el testador únicamente expresa: "Dejo mi finca a Miguel".

c) El Art. 1080 C., al final dice: "si algunas de las otras asignaciones son de cuotas el asignatario del remanente es heredero de la cuota que reste para completar la unidad".

Hay un testamento y dice: "Dejo un cuarto de mis bienes a Miguel y el resto a Pedro". En este caso, Pedro recoge los tres cuartos de la herencia, y aunque reciba Pedro, la cuota que falta para completar la unidad es heredero del remanente, no heredero de cuota, es por lo tanto heredero universal, porque el llamamiento para Pedro está hecho en una forma general, sin expresión de cuota.

\* Manuel Somarriva Undurraga. Derecho Sucesorio. Explicaciones de clase revisadas por el profesor. Versión de René Abelink. Pág. 258, Parágrafo 362. Editorial Nascimento S. A.; Santiago de Chile, 1961.

El último caso sería aquél, en el cual el testador hace su testamento y en él, dispone asignaciones de cuota que no completan la unidad, por lo tanto, “los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente” (Art. 1081 Inc. 1º C.).

Si el testamento únicamente dice: “Dejo un cuarto a Miguel y un cuarto a Pedro”. Entonces, los herederos abintestato se llevarán los dos cuartos restantes y serán herederos del remanente.

Muchas veces sucede que las cuotas designadas testamentariamente completan o exceden la unidad o entero, y aún así, el testador instituye a otro heredero.

Lo anterior, sería en el supuesto caso que el testador se equivocara y podría ser en un testamento cerrado, por que en el testamento abierto o público, el Notario o el funcionario que haga las veces, tendrá el cuidado de que eso no suceda.

#### E) RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS RESPECTO A LAS DEUDAS O CARGAS TESTAMENTARIAS.

Los herederos, por regla general, tienen a su cargo el pago de las deudas o cargas testamentarias. Estas son una carga común para todos ellos.

Tanto esas deudas comunes, como las deudas hereditarias, las pagan los herederos a prorrata de sus cuotas. Pero la regla general tiene varias excepciones, las cuales son:

a) Que un determinado heredero haya sido obligado por el testador a pagar las deudas o haya distribuido las deudas en una forma distinta, que a prorrata.

Puede también el testador, imponer el pago a determinado legatario.

b) Que los herederos hayan convenido distribuir las deudas o cargas, de otra manera o que en el acto de partición se haya acordado otra forma de distribución.

c) Que el testador haya instituido herederos usufructuarios.

Excepción a): el Art. 1241, Inc. 1º C., dice: “Las cargas testamentarias no se mirarán como cargas 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”.

El inciso 2º del mismo Art. agrega que las cargas testamentarias “que tocaren a los herederos en común, se dividirán entre ellos como el testador lo hubiere dispuesto y si nada ha dicho sobre la división, a prorrata de sus cuotas o en la forma prescrita por los referidos Arts.”. Lo cual implica, que únicamente a falta de una manifestación de la voluntad del testador, procederá el prorrato.

Excepción b): por acuerdo de los herederos, puede resultar una forma distinta de distribución de las cargas testamentarias o por una decisión tomada en el acto de la partición de los bienes hereditarios. Vimos, que este mismo caso se puede dar para el caso de la división de las deudas hereditarias.

Respecto a las deudas testamentarias los acreedores se rigen conforme a la regla del Art. 1253 Inc. 1º C., que dice: “Los acreedores testamentarios no podrán ejercer las acciones a que les da derecho el testamento sino conforme al Art. 1241”.

El inciso 2º del mismo Art. agrega: “Si en la partición de una herencia se distribuyeren los legados entre los herederos de diferente modo, podrán los legatarios entablar sus acciones, o en conformidad a esta distribución o en conformidad al Art. 1241, o en conformidad al convenio de los herederos”.

Se denota una diferencia, que consiste exclusivamente en que los acreedores hereditarios no están obligados a respetar la voluntad del testador, en cambio los acreedores testamentarios sí lo están. Esto es lógico porque los acreedores hereditarios son extraños ante los asignatarios, sus créditos no devienen del testamento, en cambio, el crédito que tienen a su favor los acreedores testamentarios, nació de la voluntad del testador, y ésta es la suprema ley.

Excepción c): al instituir el testador un usufructo, tanto el usufructuario como también el nudo propietario, son vistos por la ley como si fueran una sola persona, para el caso de la distribución de las deudas hereditarias y testamentarias, que estén gravando a la cosa fructuaria.

Pero para distribuir las cargas testamentarias, hay que sujetarse a reglas diferentes.

1º) Debe regir la voluntad del testador. Esas deudas serán satisfechas conforme el Art. 1256 C.

2º) Cuando el testador nada dijo, las deudas testamentarias serán satisfechas conforme el Art. 1249 C.

3º) Si consisten las cargas en pensiones periódicas y el testador no hubiera ordenado otra cosa, serán cubiertas conforme el Art. 1251, Inc. 2º C.

### TERCERA PARTE

#### DIFERENCIAS ENTRE EL HEREDERO Y EL LEGATARIO

Hay notables diferencias entre los herederos y los legatarios que se pueden resumir así:

Primera: en cuanto al objeto o contenido de la asignación que les corresponde, difieren, porque el heredero recibe una universalidad, la cual está formada por todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles que fueron del causante, o una cuota de ellos, en cambio el legatario recibe una o más especies o cuerpos, una o más especies indeterminadas de cierto género (Art. 952 C.).

Segunda: la persona del difunto está representada por el heredero, se identifican jurídicamente, se confunden sus patrimonios, a no ser que se recurra a los beneficios de inventario o de separación; en cambio, la persona del difunto no está representada por el legatario, sus patrimonios no se confunden y no es un continuador de la persona del causante. (Arts. 1078, 1083 y 1169 C.).

Tercera: al representar el heredero al difunto, responde de las deudas que éste tenía en vida, las cuales se denominan deudas hereditarias y además es responsable de las deudas que resultan del testamento, que se llaman deudas o cargas testamentarias (Art. 1078 inc. 2º C.). Estas responsabilidades se extienden, como decían los romanos "ultra vires hereditatis", que quiere decir, que el heredero responde aunque las deudas sean superiores al valor de los bienes que hereda. En cambio, el legatario, no es responsable de esa clase de deudas, a no ser, que el testador en el testamento, se las haya impuesto expresamente, obligándolo. En este caso, el legatario, por excepción responde de las deudas hereditarias en subsidio de los herederos y esa responsabilidad está limitada, en todo caso, al valor económico o monto del legado. (Art. 1083 C.).

Se encuentran otras diferencias en los siguientes Arts.: 1235 C.; 1241 C.; 1243 C.; 1244 C.; 1245 C.

Cuarta: al fallecimiento de causante, el heredero adquiere la titularidad del patrimonio hereditario tal como lo expresa el Art. 669 C., en relación con el Art. 1161 C. Igualmente, cuando el legado es de especie o cuerpo cierto, el legatario adquiere el legado en el mismo momento; no así, cuando el legado es de género, porque solamente lo adquiere cuando el heredero le hace tradición y obtiene en esta forma, podríamos decir, un crédito contra los obligados a cumplirlo y se hace dueño, únicamente cuando se efectúa la entrega de los bienes legados.

Quinta: juntamente con el patrimonio hereditario, el heredero adquiere la posesión de la herencia, desde el momento en que es aceptada (Art. 761 C.). En cambio, no adquiere el legatario el dominio de la cosa, aunque lo sea de especie o cuerpo cierto, sino hasta en el momento en que se le hace tradición de parte del heredero, después que éste ha inscrito la declaratoria de heredero (Art. 670 C.). También adquiere el legatario, la posesión, con la entrega que se le hace del legado, cuando reúne los elementos de la posesión, que son: a) el elemento corporal, que es la tenencia de la cosa y b) el elemento intelectual, que es el "animus domine" o ánimo de ser señor o dueño. Esto es el Corpore y el Animus (Art. 745 C.).

Sexta: Son instituidos por el testamento o por la ley los herederos; en cambio, los legatarios son instituidos, únicamente por el testamento.

## CUARTA PARTE

### DE LAS ASIGNACIONES A TITULO SINGULAR

#### A—) CALIFICACION DE LA ASIGNACION

La calificación de las asignaciones a título singular, depende sobre manera de su naturaleza. Estas asignaciones, son conocidas como legados.

También para calificar estas clases de asignaciones, se atiende a su contenido en forma exclusiva, sin darle importancia a la terminología de que haya hecho uso el testador (Art. 1083 C.)

#### B—) EL LEGATARIO, GENERALIDADES

La expresión “legatario”, en el Derecho Francés es genérica, comprensiva de los herederos testamentarios a título universal y a título singular. En la nuestra no, porque tenemos limitada la expresión “legatario” (Art. 1083 C.) para designar al asignatario a título singular.

El legatario, no tiene más derechos y obligaciones que los que expresamente le señala el testador, ya que éste puede ponerle al legatario una carga que pese sobre la cosa legada (Art. 1083 C.), porque de modo genérico las cargas pesan sobre el heredero universal, en tal forma, que aun aquellas cargas que pesan sobre las cosas legadas, si no ha sido obligado el legatario a pagarlas, expresamente por el testador, será el heredero el obligado a pagarlas y a entregar libre el legado (Art. 1078 C.). Si el legatario paga la deuda que garantizaba la cosa que recibió, éste puede volverse contra el heredero para que le pague, es decir, que el legatario que paga para no perder la cosa, se subroga en los derechos del acreedor frente al heredero. Entonces, queda claro, que no pesan sobre el legatario más que aquellas cargas que expresamente le hubiera señalado el testador en el testamento. Esto se entiende con sentido lógico, porque toda persona responde con la universalidad de sus bienes respecto a las obligaciones que tiene; los acreedores tienen además de las garantías particulares que pudieron servir para caucionar sus respectivos créditos, una garantía general que es el patrimonio del deudor, el derecho de prenda general, así llamado. Por consiguiente, si una persona fallece, sus bienes responden por todas sus obligaciones. Parte de esas obligaciones son: las deudas hereditarias las cuales se deducen para obtener el acervo líquido de la sucesión. Pudiera suceder, que el heredero entregara a los legatarios las cosas que les hubiesen sido legadas, ignorando la existencia de unas deudas hereditarias y posteriormente se presentan los acreedores y al querer cobrar, el heredero les dice que no tiene con qué pagar, porque todo lo que sobró después de pagar los legados o deudas testamentarias lo pagó a otros acreedores. En este caso, es indudable que los legatarios están gozando de sus legados, pero la ley les detiene ese goce, y ordenó una acción de los acreedores contra los legatarios en subsidio de la acción que tienen contra los herederos (Art. 1243 inc. 2º C.), es así como los legatarios contribuyen a pagar las deudas hereditarias, porque están obligados legalmente debido a que el heredero no podía disponer más que del patrimonio hereditario, después de pagar las obligaciones. Sería absolutamente inequitativo, injusto y hasta monstruoso que un testador dividiera exclusivamente en legados su patrimonio, burlándose en esa forma de sus acreedores. Entonces pues, el legatario solamente responde en subsidio, es decir, hasta que el heredero ya no tiene más bienes herenciales con que pagar las obligaciones.

#### C—) RESPONSABILIDAD DE LOS LEGATARIOS..

La responsabilidad de los legatarios es limitada y subsidiaria. Es una responsabilidad diferente a la de los herederos la cual es ilimitada. El Art. 1244 inc. 1º C., instituye que “los legatarios que deban contribuir al pago de los alimentos o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados, y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros”.

No podrá exceder al monto de los legados, la responsabilidad de los legatarios, porque tiene que ser acorde al valor proporcional de los legados.

No pueden ser perseguidos los legatarios por los acreedores hereditarios, para el pago de las deudas, sin antes haber sido perseguidos los herederos (Art. 1243 inc. 2º C.). Lo que se entiende, porque los acreedores primeramente tienen que perseguir a los herederos para que paguen y solamente cuando no logren que éstos les paguen sus créditos, tendrán libre el camino para ventilar su acción contra los legatarios. Por eso es también la responsabilidad de los legatarios subsidiaria, porque gozan de una especie de beneficio de excusión.

#### D—) ACCION DE REFORMA

La ley dice en el Art. 1083 inc. 2º C.: “Lo cual sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la *acción de reforma*”.

La acción de reforma, es una cuestión de tipo histórico y en este Artículo debe testarse, porque dicha acción ya no existe. Esta era una acción que tenían en nuestro derecho positivo, los legitimarios. Antes de las reformas de 1902 al Código Civil, existían las asignaciones, denominadas forzosas, es decir, que eran aquellas a que estaba obligado el testador, por ley, y debía incluirlas en su testamento, en beneficio de determinadas personas. Cuando el testador no incluía esas asignaciones forzosas en su testamento, eran suplidas, aun en perjuicio de sus disposiciones testamentarias. Entre estas asignaciones forzosas, habían unas que se llamaban, “las legítimas” y los asignatarios a este tipo de asignaciones forzosas, eran denominados “legitimarios”. Estos tenían una acción, cuando el testador repartía el patrimonio, sin dejarles lo que a ellos les correspondía por ley, esa acción consistía en pedir que se reformara el testamento, en el sentido de que se modificara dicho instrumento, en aquella parte que perjudicaba sus derechos y por eso era que existía la acción de reforma.

#### E—) ELEMENTOS DE LOS LEGADOS

Cuando se habla de los legados tenemos que pensar:

1) En la cosa objeto del legado y entonces tenemos que averiguar qué cosas son susceptibles de ser legadas y qué cosas no son susceptibles de ser legadas; tenemos que pensar que las cosas pueden existir ya o esperar que existan y entonces el legado puede ser de cosas presentes o de cosas futuras; podemos pensar también en que la cosa se encuentra en el patrimonio del testador o se encuentra fuera del patrimonio del testador y así pensamos en el legado de cosa propia y en el legado de cosa ajena; tenemos que pensar en que las cosas pueden ser corporales o incorpóreas y así tenemos el legado de cosa corporal y el legado de cosa incorpórea o de derechos o créditos; tenemos que pensar también en que las cosas pueden ser de especies o cuerpo cierto o cosas genéricas y dentro de las genéricas, deben ser cosas que se consumen por el uso a que están naturalmente destinadas o que no se consuman por ese uso, es decir, que sean consumibles o no consumibles. En fin pues, hay una gran cantidad de problemas o de cuestiones que se estudian fundamentalmente, por la naturaleza de la cosa objeto del legado o por la forma de disposición que el testador usó para hacer la asignación.

2) Finalmente, tenemos que pensar en la posible revocación o extinción de la asignación. Cuando por ejemplo, la cosa perece o cuando la cosa es transformada o cuando la cosa es enajenada, destruida física o jurídicamente. Entonces tenemos que estudiar esos efectos.

En relación a tal cantidad de problemas, el capítulo VI del Libro Tercero del Código Civil, es amplio, al contrario de las asignaciones a Título Universal, en el cual no se presentan tal cantidad de cuestiones.

#### F—) COSAS QUE NO PUEDEN LEGARSE

El legislador en el Art. 1084 C. señala tres casos: a—) no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada; b—) no vale el legado de cosas que al tiempo del testamento fueren de propiedad nacional

o municipal y de uso público; y, c—) no vale el legado de cosas que forman parte de un edificio de manera que no puedan separarse sin deteriorarlo.

a) En este caso, de que el legado de cosa incapaz de ser apropiada no vale, tenemos para analizarlo, que remontarnos a los antecedentes históricos de la disposición legal. Según dichos antecedentes, tal disposición viene modificada actualmente, por las reformas que del Código Civil, hizo, la Comisión de 1902, porque antiguamente, en el Código Civil de 1860, decía el Art. 599 C., así: “Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”.

“Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional”.

En la obra “El Código Civil del año de 1860, con sus modificaciones hasta el año de 1911”, por el Dr. BELARMINO SUAREZ, Tomo II, dice: “en la edición de 1904, fue suprimido este Artículo por mandato de la Ley de 1902, y por el siguiente motivo:

“Esta disposición en lo que se refiere a los individuos y corporaciones, es enteramente inútil, porque ningún particular podría, aunque quisiera, apropiarse de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, y por lo que respecta a las naciones extranjeras, es ridículo que la ley salvadoreña declare que no pueden apropiarse la alta mar, como si El Salvador tuviera poder suficiente para impedirlo”.

Actualmente, el Art. 599 C. que aparecía en el Código de 1860, que fue el N° 611 en la edición de 1880 y 657 en la edición de 1893, aparece en el Art. 585 del Código Civil chileno.

La reforma anterior la llevó a cabo la Comisión reformadora de 1902 y dijeron al respecto también, que tampoco se puede ser dueño del aire, ni de las aguas lluvias, las aguas corrientes, etc., porque ningún particular se podría apropiarse de esas cosas que son comunes a todos los hombres.

La Comisión de 1902, debió haber quitado en parte de las Asignaciones a Título Singular, eso del Art. 1084 C., que dice: “No vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada”, porque solamente un demente puede andar legando el aire, el alta mar, el día, la noche, etc. Es absurdo pensar que eso pueda suceder, pero sin embargo, no lo quitó el reformador y así quedó el Art. 1084 C. Para ser más lógicos debemos interpretar, en lugar de la frase “no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada”, el concepto que sería: “no vale el legado de cosas que no están en el comercio o que no pueden ser objeto de apropiación, porque no pueden transferirse legalmente, como sería el caso, tal vez, de los derechos personalísimos, como el usufructo del padre de familia que tiene la patria potestad o el derecho de uso o el de habitación o el de objeto ilícito, que la ley ha sacado del tráfico de los hombres, por el aspecto de la moral y el orden público.

b) El segundo caso, contemplado por el Art. 1084 C. se refiere a las cosas que sean de la nación o municipales, pero no basta eso, sino que deben de ser de uso público, para que no puedan legarse. ¿Significa eso, que las cosas que le pertenecen al Estado o al Municipio, que no son de uso público, pueden ser legadas? Consideramos que sí pueden ser legadas, porque es posible el legado de cosa ajena y entonces podría haber un legado en un testamento que dijera: “lego a Juan, la finquita tal, del Estado, que no es de uso público”. Por lo que, el heredero tendría que ver la posibilidad de comprarle esa finquita al Estado, o darle el justo precio al legatario, si no se le vende el Estado.

Los bienes nacionales y municipales de uso público están fuera del comercio y por consiguiente no pueden legarse, pero los que no son de uso público, están en el comercio, tan es así que en varias ocasiones el Estado ha vendido o permutado, propiedades que no son de uso público. Aquí en esto hay criterio contrario, precisamente por la disposición contenida en el Art. 1332 C. inc. 1°, que dice: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género”.

No obstante esta disposición, si realmente las cosas nacionales y municipales, todas, estuvieran fuera del comercio, no tenía por qué, el legislador haber agregado “y de uso público” en el Art. 1084 C.,

simplemente hubiera dicho: “ni las de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal”. Ciertamente, al agregar la cópula “y de uso público”, separó las cosas nacionales y municipales: en cosas de uso público y cosas que no son de uso público y respecto a éstas, no prohibió el legislador que se legaran, por lo tanto, consideramos que las cosas nacionales o municipales, que no son de uso público pueden ser legadas.

c) También el Art. 1084 C., se refiere a que son incapaces de ser apropiadas aquellas cosas que forman parte de un edificio, de manera que no puedan separarse sin deteriorarlo, a menos que la causa cese antes de deferirse el legado. El Art. 561 C., se refiere a las cosas que forman parte de los edificios.

La disposición que comentamos, es de antiquísimo origen, desde el tiempo de los romanos, de Ulpiano. Los romanos colocaron esta disposición, con el objeto de garantizar el ornato de las ciudades. En aquella época las barriadas de Roma eran espantosas y por eso los legisladores romanos protegían los edificios, impidiendo que pudiera ser objeto de legado, aquellas cosas que formaban parte de un edificio y que no podían separarse sin deteriorarlo. Naturalmente, esta disposición ha ido variando con el tiempo, porque actualmente hay cosas ornamentales que pueden quitarse de un edificio sin que por ello, se deteriore, como las lámparas. En cambio una viga no puede separarse, porque podría caerse el techo de una casa, y por eso la viga de una casa no puede ser legada. En fin que, si un edificio se deteriora o no, por separarse algo que forma parte de ello, es una cuestión de hecho, que el Juez que es el que la aprecia, dirá si lo deteriora o no, para que valga o no, el legado.

Al final del Art. 1084 C., dice: “a menos que la causa cese antes de deferirse el legado”. Esto se comprende únicamente para el caso c), de la disposición, es decir que es una excepción. Los comentaristas así lo consideran porque se refiere a que la causa cese respecto a las cosas que formen parte de un edificio. Dicen ellos, si el testador me legó una viga que formaba parte de su casa de habitación, pero que al momento de fallecer, la casa se había demolido y la viga estaba en la bodega, el legado vale, porque la causa cesó, ya no hay ningún impedimento, ya no se protege el ornato, porque el causante en uso de sus derechos, destruyó la construcción o se cayó ésta por un temblor. No hay nada que impida la ejecución de ese legado.

Tratándose de bienes nacionales o municipales de uso público, debemos comprender que aunque hubiese cesado la causa, aún se debe atender la prohibición a la época en que el testamento fue otorgado. Ejemplo: X hace su testamento y lega una calle de uso público, en ese momento la cosa es bien nacional de uso público y aunque en el momento de morir X, esa calle hubiera dejado de ser bien nacional de uso público, sin embargo, el legado no valdría, antes de deferirse el legado, porque la expresión del Art. 1084 C. a eso se refiere. Esa disposición viene de los romanos, la aplicaban con el nombre de Regla Catoniana <sup>(1)</sup>, que consistía en que las cosas que eran inválidas al inicio, continuaban siéndolo después, aunque hubiera cesado la causa de la invalidación. Esto lo aplicaban estrictamente en los legados de cosas nacionales o de uso público, pero si se trataba de una cosa que se legaba, siendo parte de un edificio y había sido posteriormente separada, de acuerdo con la parte final de la disposición del Art. 1084 C., no aplicaban la Regla Catoniana y el legado valía. Nuestro Código Civil conserva esa regla romana en forma más completa que en el Código Civil de Chile, el cual deviene del Derecho Romano, pero nuestro Art. 1084 C., fue reformado en parte, por la Comisión de 1902, porque dicho Art. correspondía al Art. 1105 del Código Civil de Chile, que dice: “No pueden legarse las cosas que no son susceptibles de apropiación porque la naturaleza las ha hecho comunes a todos los hombres; los bienes nacionales de uso público; las cosas que forman parte de un edificio, de manera que no puedan separarse sin detrimento, a menos que cese la causa al tiempo de deferirse el legado; las cosas pertenecientes al culto divino”. El Art. Chileno no dice cuando se refiere a los bienes de uso público, que no vale el legado de esas cosas cuando se asignan antes de deferirse el legado, sino que deja su forma estricta y permanente, en el sentido que no se pueden legar nunca los bienes nacionales de uso público. En cambio nuestro Código Civil, deja la posibilidad de que después de testar, las cosas dejen de ser de propiedad nacional o municipal y de uso público, como sería tal vez, el caso de que al construirse el Aeropuerto Cuscatlán, el Estado permutara o vendiera el Aeropuerto de Ilopanga y éste pasara a manos particulares, no obstante eso, y aunque hace diez años X, haya legado el Aeropuerto de Ilopanga, no valdría dicho legado. En nuestro Art. se ve la influencia del Derecho Romano, respecto a la Regla Catoniana.

(1) EUGENE PETIT—Tratado Elemental de Derecho Romano, Pág. 568—Editora Nacional. Edinal S. de R. L. México, D. F. 1961.

## QUINTA PARTE

### A—) LEGADO DE COSA PRESENTE Y LEGADO DE COSA FUTURA

Esto atañe al objeto del legado, que es el legado de cosa presente y legado de cosa futura. Estamos hablando del objeto en sí. Las cosas de que se puede disponer, pueden existir al momento en que el testamento surta efecto o de que el testamento se otorgue. Pueden no existir, pero se espera que existan. Es decir que las cosas pueden ser presentes o futuras. Las cosas presentes podrían estar o nó, en el patrimonio del testador. Hablemos por de pronto de las que están en el patrimonio del testador, éste dispone generalmente de las cosas que a él le pertenecen, de las cosas que forman su haber, su patrimonio: de sus cosas, de su finca, de su semoviente, de sus créditos, de su dinero, de sus depósitos. Pero dentro de lo que tiene el testador, pueden haber cosas que él espera que existan, por ejemplo, puede estar esperando una cosecha de su finca; puede pensar en los frutos civiles futuros, como los cánones de arrendamiento que va a producir un inmueble que él arriende; puede pensar en las crías de los animales que le pertenecen, que también son cosas que no existen, pero que espera que existan. Son objeto del contrato de compraventa, algunas veces, cosas que se espera que existan según el Art. 1617 C., que debe relacionarse juntamente con el Art. 1332 C., con el Art. 1091 C., que es el que estamos viendo. Actualmente, existe un contrato de gran utilidad económica, sobre cosas que aun están pendientes, que aun no son ciertas, como las cosechas futuras. Este es uno de los modos de financiamiento para los agricultores, que constituyen prenda sin desplazamiento sobre las cosechas futuras de los inmuebles o cosechas pendientes que todavía no están desarrolladas, eso son los contratos que se llaman crédito de avío o crédito refraccionario que conceden las instituciones bacarias, por ejemplo: sobre el algodón, cuando todavía ni sembrado está. Esas son cosas futuras que se espera que existan y que pueden ser objeto de una declaración o contratación. Es posible el legado de cosa futura, lo dice el Art. 1091 C., que lo estudiamos ahora, por que hablamos del objeto sobre el que recae la cosa legada. Entonces, el legado de cosa futura vale, pero para que tenga eficacia ese legado, se requiere que la cosa llegue a existir. Por ejemplo: una vaca que está esperando su cría que es de raza. Esta cría es cosa futura, que se espera que exista y la ley permite que pueda legarse con tal que llegue a existir. Por consiguiente, si X, al otorgar el testamento dice: que la cría de tal semoviente se la lega a Miguel; que la cosecha correspondiente a 1978-79 de la finca tal, se la deja a Juan, tendrán derecho de recibir aquella cosa futura, inexistente, los legatarios. Es lógico que si entre el acto testamentario y el momento de ejecutarse el testamento, la futuridad de la cosa desapareció porque se hizo realidad, el problema se desvanece jurídicamente, porque al momento de querer pagar el legado, la cosa existe, ya no es futura. Este legado se considera puro y simple. La futuridad, la existencia de la cosa no es una modalidad, sino que una característica del objeto, no es pues una modalidad de la asignación. No es una asignación condicional, porque no es necesario que el legatario viva cuando exista la cosa, sino que esté vivo, cuando muera el testador, porque de lo contrario, el legatario faltaría. El Art. 1091 C., dice: "El legado de una cosa futura vale, con tal que llegue a existir". La expresión "con tal que llegue a existir", es precisamente la clase de expresión que se usa para las asignaciones condicionales, porque está sujeta a suceso futuro o incierto la existencia de la cosa, por eso se cree, que estamos ante una verdadera asignación condicional, sin embargo, no es así, pero ésto tiene una importancia fundamental, porque si fuera una asignación condicional, el asignatario tendría que existir cuando muere el causante y tendría que existir cuando se cumpla la condición, es decir, que el asignatario debe tener capacidad para suceder. En cambio, si no es condicional y se muere el testador quedando vivo el asignatario y la vaca tiene su cría y en el ínteri entre la muerte del causante y el nacimiento de la cría muere al asignatario, los herederos del asignatario, tiene perfecto derecho de reclamar la cría al heredero del causante, que se la dejó al asignatario, que murió después del testador, pero antes de que naciera la cría. Para averiguar si es condicional lo del Art. 1091 C., nos remitimos a los antecedentes históricos. En los proyectos chilenos, de esta disposición se decía que el legado de cosa futura se había hecho, bajo la condición de que valía, si se daba la condición de que existiera el asignatario al darse la cosa futura, pero se reformó y se dejó la expresión: "con tal que" y con esto de dejar esta expresión, el legislador quiso dar a entender que el legado de cosa futura no es condicional. Es más, no empleó ni siquiera la expresión: "pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir", que puso allá en la compraventa, en el Art. 1617 C., así es pues, que se considera el Art. 1091 C., como un legado puro y sim-

ple. La futuridad, la existencia de la cosa, no es una modalidad, sino una característica del objeto. La futuridad es de la naturaleza del objeto de la asignación, no es una modalidad modificativa de la asignación. En conclusión, no es una asignación condicional, sino una asignación que recae sobre un objeto de una naturaleza especial, la de ser, con futuridad. El Art. 1052 C., en el inciso 2º, expresa: "Asignación condicional es en el testamento, aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo". Ejemplo: "dejo a Juan mi finca Navarra si se doctora en medicina"; "dejo a Miguel mi granja Los Patos, si no viaja a China, diez años después que yo muera".

### B—) LEGADO DE COSA AJENA

Es claro que el legado de cosa ajena tiene que referirse a especies o cuerpos ciertos, porque tratándose de cosas genéricas es lógico que no se puede hablar de cosas ajenas. Yo no podría decir, que estoy haciendo un legado de cosa ajena, si digo, por ejemplo: que lego mil colones, y viniera el heredero y dijera: "bueno esta sucesión tiene fincas, tiene casas, pero no dejó ni diez centavos en la caja de hierro o en el Banco, por consiguiente, ha legado cosa ajena, por que él no tenía dinero". No, porque la cosa genérica esa, no le pertenece a nadie, el género no es de nadie, las cosas genéricas están en el comercio común de los hombres, y por consiguiente no podemos hablar de dinero ajeno ni de dinero propio. Cien colones son los mismos, estén donde estén. Entonces por consiguiente, las cosas genéricas tienen sus reglas propias. Recordemos que allá en las obligaciones, en el modo de extinguirse las obligaciones, está la pérdida de la cosa que se debe, pero la pérdida de la cosa que se debe, sólo produce la extinción de la obligación cuando es de especie o cuerpo cierto, porque las cosas genéricas no perecen. No se podría decir, que si se le debe a alguien mil colones garantizados con una hipoteca sobre un inmueble y el inmueble se destruye, que por esos motivos, nada se debe al acreedor. Lo que se le debía era con la garantía de un inmueble y éste se destruyó. El deudor no debía el inmueble, sino los mil colones y estaba obligado a devolver una cantidad equivalente de la que recibió. Se hizo dueño de los mil colones que recibió, los gastó, los consumió, pero tiene que obtener o buscar la cantidad equivalente con qué pagar. No puede decir el deudor, que por que le robaron el dinero que llevaba en la bolsa, ya por eso no está obligado a pagar, porque pereció la cosa. Eso sería absurdo. Entonces el legado de cosa ajena a que nos referimos, es respecto a las especies. Las especies pueden estar o en el patrimonio del propio testador, que es lo más corriente o pueden estar en el patrimonio del propio asignatario o pueden estar en el patrimonio del heredero o del asignatario obligado a entregar la cosa que se lega. Son diversos casos. De modo general, el legado que está en el patrimonio del testador o la especie que está en el dominio del testador, es el legado corriente, porque los hombres disponemos de nuestras cosas. La gente dispone de lo que se encuentra en su patrimonio de modo general, pero eso no impide que también el testador pueda disponer de cosas que no están dentro de su patrimonio, porque hay la posibilidad de que puedan ser adquiridas con lo que él deja y por consiguiente pueden ser entregadas o favorecer con ellas a instituciones de beneficencia o personas naturales, a quienes quiere dejarles una cosa que no está en su patrimonio (Art. 1025 C.), pero desea que se adquiera precisamente con el propósito de favorecer a alguien. Entonces debido a eso, ha sido necesario reglar las situaciones en las que el causante dispone de cosa que no están dentro de su patrimonio. Es claro, que si la cosa legada se encuentra en el patrimonio del propio asignatario, la ley ni contempla el caso y dicen los comentaristas que en realidad en este caso, el legado no tiene sentido, porque es una liberalidad que tiene por propósito convertir en dueño a otro de una cosa, y no es posible cuando ya la cosa le pertenece con anterioridad. Ahora bien, si la sucesión por causa de muerte tiene como fin convertir en dueño a alguien, la liberalidad no lo puede hacer más dueño de lo que ya en sí él es al instante mismo de otorgarse el testamento. Entonces, si en ese instante, Pedro le lega algo a Juan y éste ya es dueño de aquello, no hay problema, el heredero no puede hacer nada porque el propósito del testador ya se había precumplido, por el hecho de que aquél ya era el dueño de la cosa. Pero pudiera suceder que la cosa en el momento de otorgarse el testamento no fuere de aquél, o que se diera también el caso, de que llegó a su poder por otro motivo, entonces, ya el legislador va regulando las diversas situaciones.

Fundamentalmente vamos a entrar al caso de que la cosa no sea del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, porque si es del testador, es lo corriente y si es del asig-

natario a quien se le impone la obligación de darla, entonces es el caso evidente de una asignación gravada. Ejemplo: X dice que le deja tal casa a Manuel, que es su sirviente. La casa que el causante lega, es del patrimonio del asignatario Juan José, quien deberá entregarla al sirviente. Este caso es más corriente, porque el asignatario recibe una cosa que se supone ser de mayor valor que la casita que es de él, pero que el testador le ordenó darla al sirviente. Claro, la casita vale menos que lo que recibe el asignatario.

El caso que la ley contempla en el Art. 1086 C., es el legado de especie ajena, que no pertenece al testador ni al asignatario obligado a darlo, sino que le pertenece a un tercero. Entonces la situación se puede contemplar de diversos modos, bien que el testador ordena que una cosa se adquiera para dársela al legatario, o bien simplemente hace el legado de una cosa que no le pertenece, a favor del legatario. Aquí estamos ante una situación que a los ojos de los profanos a veces les parece ridícula o absurda, porque creen que se lega algo que no le pertenece al causante, sólo por capricho, para que se despoje al verdadero dueño a sabiendas de ello, pero no es así, sino que el testador sabe que la cosa que él lega no está en el patrimonio que él deja en el testamento, pero quiere favorecer a una persona y por lo tanto lo que el testador desea es que los herederos adquieran esa cosa ajena y se la entreguen al legatario o en su defecto, que le entreguen el valor equivalente de esa cosa al legatario. Otro caso sería, que el testador legara una cosa, creyendo que es de él y efectivamente no lo es, entonces la causa que genera el legado es falsa y por consiguiente, siendo falsa, el legado se invalida porque la motivación que tiene como base, es inexistente. En el legado de cosa ajena, lo que fundamentalmente sirve para determinar la validez del legado es el error o la certeza que el testador tenga, respecto a quién pertenece la cosa. Cuando el testador indica que una especie sea adquirida, es evidente que no hay error. Entonces es un caso de legado de especie de cosa ajena que constituye una excepción a la regla genérica que consiste en que el legado de cosa ajena no vale. El heredero no puede escudarse diciendo que la cosa no es del testador, alegando que la transmisión hereditaria, es la transmisión de las cosas que están en el patrimonio del causante y que por lo tanto no vale. Vale, porque el testador ha transmitido parte de su patrimonio, con la liberalidad de que se adquiera aquello con que él quiere favorecer al legatario. Es claro, que la voluntad del testador no puede ser imperativa para quien no tiene ninguna vinculación con él, ninguna vinculación jurídica, ya que el propietario de la cosa que el testador quiere legar, perfectamente puede negarse a venderla al heredero, que sería el encargado de dársela al legatario, pero la obligación puede ser sobre la cosa misma o una equivalente.

Entonces nos podemos encontrar con que el dueño de la cosa dice: "Yo no quiero vender"; y entonces no se podrá entregar la cosa; o que el dueño de la cosa pida un precio excesivo, sabedor de que la cosa ha sido legada. En este caso, lógicamente sería inequitativo obligar al heredero a comprarla o que éste se escude en que el otro no se la vende, para no entregar el legado; el heredero debe de tratar de adquirir la cosa, pero si no puede, estará obligado a entregar, en lugar de la cosa que no pudo obtener, el precio equitativo. Podría surgir que posteriormente el asignatario obligado a entregar la cosa, se convirtiese en dueño de ella, después de haber entregado el precio justo o equivalente al legatario y que entonces, el legatario le quisiera devolver el valor de la cosa que recibió al heredero y exigirle a éste que dé la cosa que obtuvo después; pero al respecto, la ley dice en el Art. 1085 C.: "satisfecho el precio no tendrá derecho el legatario a la especie aunque después la adquiera el asignatario". Si X testa y le deja quince mil colones a Y, quince mil colones a Z y ordena que le compren la finca "Rosita" a N y la finca ésa, vale quince mil colones y solamente hay para ese fin diez mil colones, entonces se prorratea y de lo que le queda a N, se le da una cosa equivalente o sea otra finquita de lo que le queda en el prorrato. El total que dejó X es de cuarenta mil colones; diez mil es la cuarta parte de cuarenta mil colones, es el veinticinco por ciento y quince mil es el treinta y siete y medio por ciento, lo mismo que los otros quince mil, son el treinta y siete y medio por ciento. Entonces: el treinta y siete y medio por ciento de cuarenta mil colones, serán quince mil colones; aquí en este caso, sería para cada uno, el treinta y tres y un tercio por ciento de la cantidad que dejó el causante, que fueron cuarenta mil colones, al prorratar. El justo precio podrán determinarlo las partes de mutuo acuerdo, pero cuando hay pugna entre el heredero y el legatario, porque uno considera que el precio es justo y el otro que no lo es, la situación se soluciona en este caso, por medio de la prueba pericial. Tendría que haber juicio, que haber controversia y ésta se decidirá por la justicia ordinaria, es decir, por medio de un juicio ordinario. Si el testador, antes de morir le hace donación de la cosa legada, al legatario, en este caso, el heredero no estará obligado a darle el justo precio al legatario, porque el propósito del testador se llevó

a cabo al darle en vida la asignación; pero si el legatario adquiere la cosa por un precio inequitativo, el heredero estará obligado a resarcirle el justo precio de la cosa, sin importarle que el legatario haya pagado más, que lo que realmente valía la cosa legada; si el legatario obtuvo la cosa pagando menos de lo justo, le dará siempre el heredero al legatario el precio que éste pagó por la cosa legada. Si el testador ordena que a Juan se le compre una casa que está situada en determinado lugar, pero resulta que el dueño de esa casa, la dona a Juan, en este caso el heredero no le hace entrega del precio de la casa a Juan. A la vista de los profanos esto parecería injusto, pero el legislador tomó eso, interpretando la voluntad del testador, que quería que el legatario, fuera dueño de la casa, que el heredero se la comprara, mas si el legatario la obtuvo por donación que le hizo el dueño, se cumplió la intención del testador, por lo tanto, no se le va a hacer más dueño dándole el precio justo de la casa. El propósito perseguido por el testador ya ha sido alcanzado.

Lo que sí ordena la ley es de que si el legatario invirtió dinero en la obtención de la cosa, desconociendo que había un testamento en el cual el causante ordenaba que esa misma cosa se obtuviera para dársela al legatario, hay que pagarle lo que el legatario dio por la cosa, porque la diferencia del precio es un regalo, que le hizo el que se la vendió barata. Si la ha comprado el legatario en su justo precio, el heredero le dará a él, el justo precio. Si la ha comprado a un precio excesivo, simplemente por error y no por mala fe, el legatario cargará con la culpa por la negligencia de haber pagado un precio excesivo y el exceso del precio justo, lo cargará el legatario y no lo reconocerá el heredero. El precio equitativo es una cuestión de apreciación y si en ésto surge polémica, será la justicia la que resuelva la equidad del precio.

En el Art. 1086 C., tenemos un caso en que el legado no es del causante ni del asignatario a quien se impone la obligación de darlo. Cuando no se expresa en el testamento que se sabe que la especie no es del causante o del asignatario, es nulo el legado, porque cuando se legan cosas de terceros, lo racional y lo lógico es que el testador no puede disponer de ellas, porque dispone de las cosas que están o que tiene en su patrimonio, pues las únicas cosas que no están en el patrimonio del causante y que generalmente dispone el testador de ellas, son de las cosas genéricas, porque el género no es de nadie. Cuando X dice: que lega diez fanegas de maíz, no hay necesidad que esa cantidad de maíz esté en su patrimonio, porque como es cosa genérica puede el heredero adquirir las diez fanegas de maíz y entregarlas. Si X lega dinero, aunque en el patrimonio no lo haya, como hay bienes para poder adquirir el dinero del legado, no hay problema, porque el legado en dinero se entrega. En cuanto a las especies que están fuera del patrimonio del causante y del asignatario a quien se obliga a entregarlas, como cuerpo cierto, la regla cambia. Lo natural es que se considere que las especies que no son de él ni del asignatario, el testador no las va a legar a no ser que sea como en el caso del Artículo anterior, que se lega la cosa ajena, pero con el deseo de que se adquiriera para favorecer a la persona que se nombra legatario. Cuando el legado se hace directamente de la especie ajena, es necesario averiguar la situación del testador en el momento en que está haciendo la disposición testamentaria, puede ser que el testador sepa que la cosa no le pertenece a él y sin embargo hace el legado, entonces está significando el causante que desea que esa cosa se adquiriera para que se entregue al legatario. Si no es así y el causante cree que la especie es de él y no lo es en verdad, entonces el testador está incurriendo en un error. Esa declaración de voluntad está viciada por error. Hay una relación de causalidad entre la creencia del causante de que la cosa es de él y el hecho de legarla. Cuando se dona algo, hay un presupuesto necesario, de que se crea que la cosa es de quien la regala, porque generalmente se donan las cosas que a uno le pertenecen, por eso el error, es tratado como motivo de invalidación de las asignaciones testamentarias. Aquí estamos en presencia de una cosa parecida, a menos que en el testamento aparezca que el testador sabía que no era de él o del asignatario, pues en este caso, sí vale el legado y se procede como en el inciso 1º del Art. 1085 C. Esto aparecerá en el testamento según la expresión que use el testador. Por ejemplo: Si X dice: "Le lego a Y, la casa formada por la Quinta Calle Oriente y la Tercera Avenida Norte, que es propiedad de don Pedro Ramírez". Esto indica que el testador sabía que es de don Pedro Ramírez, y quiere que los herederos compren la casa y se la den a Y. En este caso se siguen las reglas del legado de cosa ajena, en que no hay error del testador. Otro ejemplo sería: Si X dice que le lega a Y, el toro que ganó el primer premio en la exposición de tal lugar, en tal fecha. Los herederos tendrían que ir a averiguar de quién es el toro y tratar de comprarlo para cumplir con el legado; si no pueden comprarlo, le darán al legatario el precio equivalente. Se aplican las reglas del Art. 1085 C., pero hay un elemento de juicio importante: debe aparecer en el testamento mismo este elemento de juicio, que consiste en que el testador sabía que no era de

él, si no se expresa el legado es nulo, lo mismo ocurre si no aparece en el testamento mismo, que no es del asignatario. Cualquier prueba fuera del testamento, es inadmisibile para probar que el testador sabía que la cosa legada no era de él o del asignatario, porque la ley es clara, ya que dice que el legado es nulo, a menos que aparezca en el testamento que el testador sabía que la cosa no era de él o del asignatario.

La prueba debe ser intrínseca es decir, del propio testamento; debe ser del texto de las disposiciones testamentarias de donde se deduzca que el testador, sabía que la cosa no era de él ni del asignatario. Posteriormente, de ser legada la cosa, si ésta llega a ser del testador, entonces sí vale el legado.

El Art. 1087 C. a la letra dice: "Si la cosa ajena legada pasó antes de la muerte del testador, al dominio de éste, o del asignatario a quien se había impuesto la obligación de darla, se deberá el legado". (Se relaciona con el Art. 1112 Inc. 2º C.).

El caso del artículo anterior es un caso de excepción al artículo 1086 C. Aunque haya error, que es un vicio del consentimiento y si antes de la muerte del testador, la cosa pasa al dominio de éste o del asignatario, el legado vale. No es el caso de que lo supiera el testador y lo expresara en su testamento, porque en este caso, vale el legado aunque no lo adquiriera el testador antes de morir o el asignatario. Es el caso de que adquiriera la cosa el testador, antes de su muerte, o el asignatario. Aunque haya error se deberá el legado al legatario, es decir que se deberá aunque no haya sido expresado por el testador en el testamento que sabía que no era de él o del asignatario. Esto es así, porque el legislador consideró que el testador comprendió que había cometido un error, que se dio cuenta que no era de él la cosa legada y entonces compró esa cosa, por el hecho de que sabía que no era de él y olvidó expresarlo en el testamento. Para subsanar esto, adquirió la cosa antes de morir; como así también, cuando el asignatario la compra, al saber que es una obligación que se le ha impuesto, en el supuesto caso que éste se dio cuenta, de que había ese testamento, y aun cuando fue una casualidad que el asignatario hubiese adquirido la cosa, tendrá que darla al legatario. El Art. 1112 C., es el caso contrario, es decir, que ahí el causante tiene una cosa, y cuando hace el testamento, la lega y luego el causante la vende. Eso es revocación del legado.

#### C—) LEGADO DE UNA PARTE, CUOTA O DERECHO

En el Art. 1088 C., tenemos un caso corriente que se puede dar en las disposiciones testamentarias. Puede suceder que el testador no sea dueño pleno de la cosa y que simplemente sea propietario proindiviso de una hacienda o de una finca. Luego viene él y lega la hacienda o la finca, sin decir que es dueño de una parte de la finca o de la hacienda. De acuerdo con la ley, interpretando la voluntad de él, se entiende que lo que quiso legar el testador, es la parte que le corresponde. Cuota significa generalmente, una parte en una cosa, que se designa bajo la forma de un quebrado; un cuarto, un medio, un tercio; una parte podría ser una porción, no indicada en la forma anterior, sino por ejemplo: le lego mil varas cuadradas del fundo tal o le lego doscientos metros cuadrados contiguo al lindero del solar tal. Derecho, podría ser esa forma de desmembración que se puede hacer en la propiedad, estableciendo determinados beneficios a favor de una persona. Por ejemplo: un derecho de usufructo, de uso o de habitación, que son típicos en los derechos reales. Es claro que para que el derecho sea posible en un legado, es necesario que ese derecho sea transferible. No se podría decir que se lega un derecho de usufructo si éste se extingue con la muerte del testador. Se podría legar, si ese usufructo se hubiera adquirido a título oneroso y por tiempo determinado. Supongamos que X compró un derecho de usufructo sobre una finca en veinticinco mil colones para quince años y lega la finca. La interpretación racional es que legó el derecho de usufructo, por el tiempo que faltaba para que terminara el usufructo, por el tiempo que faltaba para que terminara el usufructo. Se da este caso porque es muy común en los humanos referirse a las cosas que poseen en proindivisión en forma genérica, como si sólo a ellos les perteneciera. Eso hasta cierto punto refleja una situación jurídica, porque el propietario proindiviso se entiende que es dueño de toda la cosa, mientras no se haga la participación de la cosa, que es cuando éste entra en el goce de particularizado de lo que le va a tocar en definitiva y se entiende que no tendrá ningún derecho en lo que les toque a los demás. Esto se acomoda también a la regla del legado de cosa ajena, porque está legando algo que no le pertenece porque está legando el todo y no su cuota, parte o derecho.

Nada más que aquí no puede haber error, porque hay una parte de la cosa que si le pertenece y que legó generalizando, por eso dice el Art. 1088 C.: "se presumirá", es decir que en esta disposición hay una presunción legal porque el hecho se deduce de antecedentes o circunstancias determinados por la ley (Art. 45 C.), no obstante que toda presunción legal admite prueba en contrario y según esta disposición, puede tener cabida esa prueba, de ahí que el legatario no podrá pedir toda la cosa, sino una cuota parte o derecho, debido a que el testador era dueño de una parte, cuota o derecho sobre la cosa legada, pero si hay una o dos partes, cuotas o derechos, más sobre la cosa, que no son del testador y sólo dijo en el testamento: que le legaba a X la hacienda "Los Moros", se considera que las otras dos cuotas, partes o derechos son legados de cosa ajena y no vale el legado, porque el testador no lo expresó en el testamento, es decir, no dijo que no eran de él. Si es un derecho, puede ser que el testador sea nudo propietario y el otro tenga un derecho real, el cual debe ser transferible, porque los derechos de uso o de habitación, no son transferibles, debido a que son derechos personalísimos, que están fuera del comercio y que son inembargables.

*D—) LEGADO DE UNA ESPECIE QUE NO SE ENCUENTRA EN EL LUGAR  
EN QUE DEBIA ESTAR*

En el Art. 1089 C., tenemos un legado de especie que se convierte en genérico. Cuando se habla de las reglas generales en las asignaciones testamentarias, se dice que deben recaer sobre un objeto determinado o determinable, que pueda, según las indicaciones del testador, saberse qué cosa es la que se asigna (Art. 1048 inc. 1º C.) Esa cosa que se asigna puede ser la herencia entera, una cuota o una cosa singular. En el caso del legado de especie se está señalando el objeto, ese objeto se puede determinar por su nombre, se puede determinar por muy diversos modos, basta por ejemplo, indicar la inscripción en el Registro de un inmueble. Lo que la ley quiere para que valga la disposición, precisamente es, que se pueda saber sobre qué recae la disposición. Si la disposición recae sobre una especie que no se puede encontrar, entonces lógicamente el legado se invalidaría porque hay imposibilidad. Se vuelve, podríamos decir, en cierto modo ininteligible la voluntad del testador. Ahora bien, una de las formas de determinación de la especie es precisamente indicar el lugar en que se halla. Por ejemplo: si X dice: la joya, el anillo tal, que tengo guardado en tal parte, se lo lego a Miguel; entonces, si al ir a buscarle en esa parte, se encuentra esa joya, ese anillo, será entregado al legatario; pero supongamos que esa especie no se encuentra en el lugar, pero hay elementos precisos, de qué especie se trata y dice por ejemplo: mi caballo "Diamante" que se encuentra en la cuadra de la finca "Los Naranjos", se lo dejo a Miguel y resulta que dicho caballo, no se encuentra en esa cuadra, pero el caballo "Diamante" se encuentra en la propia casa del testador, entonces dice la ley: "si al legar una especie se designa el lugar en que está guardada y no se encuentra allí, pero se encuentra en otra parte, se deberá la especie". Aquí al hablarse de una especie, nos está señalando el Art. que se trata de una especie determinada, precisamente eso indica, al decir especie. Podría darse el caso que no se encontrare la especie en ninguna parte; supongamos que X dice: el caballo que tengo en la cuadra de la finca "Murcia"; y resulta que se busca que no está allí ni en ninguna parte; entonces dice la ley, valdrá la asignación, pero si es en favor de un descendiente o ascendiente legítimo o de su cónyuge y se deberá una especie de mediana calidad del mismo género.

En el Código Civil de Chile y en el nuestro de 1860, en el Art. 1686 C., decían que si el testador no expresaba en el testamento que la cosa no era de él, pero la legaba a una descendiente o ascendiente legítimo del testador o de su cónyuge, el legado valía y se aplicaban las reglas del Art. 1085 C. La Comisión de reforma de 1902, suprimió lo que se refiere al descendiente, ascendiente legítimos del testador o de su cónyuge y quedó el Art. 1806, tal como aparece en la actualidad, es decir, que quitó esa limitación a la disposición legal apuntada. La Comisión dijo, que se suprimían en el Art. 1806, las palabras que decían: "a menos de legarse una cosa ajena a un descendiente o ascendiente legítimo del testador o a su cónyuge", porque si el testador sabía que la cosa era ajena, es claro no la hubiera legado, máxime tratándose de sus parientes próximos. Lo natural es que el testador ordenara expresamente la adquisición de la cosa, para darle a sus parientes legítimos o a su cónyuge, dejándole una cantidad equivalente para que se comprara la cosa ajena y luego dársela a esos parientes.

Cuando la Comisión dijo, que si el testador sabía que la cosa era ajena, no debía haberla legado a sus parientes legítimos, debió haber suprimido toda la disposición, porque aceptó dejar que

el testador expresara en el testamento, que sabía que la cosa no era de él, que era ajena y en ese caso el legado vale. Analizando esa situación, no se le encuentra consistencia a la argumentación de la Comisión de 1902, porque su argumento debió haber recaído en el echo de que el testador había cometido un error, al creer que legaba lo que se imaginó que era de él y por lo tanto el legado no valía. Respecto a que en ese Art. 1086, la Comisión suprimió la validez del error al tratarse de parientes legítimos o del cónyuge, estuvo atinada, porque el error siempre es error.

En el caso del caballo que X dejó, que dijo que estaba en la cuadra de la finca "Murcia", y no se encontró en dicha finca, ni en ninguna otra parte, se deberá y se pagará una especie de mediana calidad del mismo género o sea de mediano valor y ese será el caballo que se entregará al legatario ascendiente o descendiente legítimo o a su cónyuge. En este caso el legado específico se vuelve genérico, porque no se entrega la especie determinada que fue imposible encontrar en el lugar expresado ni se encontró en otra parte, porque el testador no tenía ni un caballo; por eso la ley lógicamente ordena que se le entregue al asignatario un caballo, una especie de mediano valor. Esta excepción puede ser tan criticable como lo era la del Art. 1086, que suprimió la Comisión de 1902; además viene en cierto modo odiosa y es porque dice: "a favor de un ascendiente o descendiente legítimo del testador o de su cónyuge"; deja pues, sin efecto, lo que la Comisión reformó como fue en la sucesión intestada, el caso de la sucesión en la madre, que tienen derecho en primer grado, los hijos legítimos o ilegítimos, aquí pues, solamente tienen derecho los legítimos. Esto no es más que una regla discriminatoria. Desafortunadamente, en las reglas de hermenéutica jurídica, está aquella que dice: "Lo favorable u odiosa de una disposición, no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes" (Art. 23 C.). Por consiguiente, como la regla de excepción sólo está a favor de ellos, tendremos que aplicarla con esa limitación. No olvidemos que esta disposición viene desde el Código de 1860, cuando había una sociedad bajo el típico molde conservador, que con el pretexto de la protección del matrimonio, creó estas reglas discriminatorias, contrarias en mucho a la naturaleza humana, contrarias a los sentimientos de equidad y justicia, que se suponen existir en los hombres y por eso deben estar reproducidos en las leyes; pero así tenemos esa norma por lo tanto, si fuera a favor de la madre ilegítima o de ésta para sus descendientes o ascendientes ilegítimos, no se podría cumplir la disposición.

#### E—) LEGADO DE COSA FUNGIBLE

Una de las dosificaciones de las cosas consisten en muebles o inmuebles y las cosas muebles pueden ser fungibles o no fungibles. Nuestra ley contiene una definición de lo que es cosa fungible y dice: "Son cosas fungibles aquellas que se consumen por el uso a que están naturalmente destinadas". Así dice el Art. 566 C. Este concepto legal de cosa fungible, no es precisamente de cosa fungible en verdad, porque aquí se ha confundido la cosa fungible con la cosa consumible, pues en realidad la cosa fungible no es que se consuma por el uso a que está naturalmente destinada, sino que más bien se llama cosa fungible aquella cosa que puede hacer las veces de otra de su mismo género, caso típico de cosa fungible es el dinero, que es la medida común de todos los valores patrimoniales y por consiguiente de todo aquello que es de tipo patrimonial, se puede subsanar con una indemnización que se paga en dinero. Sin embargo, también hay una regla de hermenéutica jurídica que consiste en que cuando el legislador ha definido expresamente las palabras para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. En ese sentido deben ser tomadas, en el que les dio la ley, aun cuando ésto no significa que el legislador no se haya equivocado. Son reglas elementales de interpretación jurídica, que están en el Art. 20 C. El Código las definió en materia civil y estamos en el Código Civil Libro 3º, por lo que debemos de interpretar las cosas fungibles conforme lo indica el Art. 20 C. Estas reglas hay que tenerlas presentes y así tenemos cosas fungibles típicas, que son los alimentos. Estos se consumen naturalmente al usarlos, es claro que para ciertos usos no se consumen, por ejemplo: en una vitrina puede estar un pastel como modelo, para que la gente lo esté viendo. Un traje puede pasar eternamente en una vitrina, y no se consumirá, pero el uso natural de este traje no es ese, y por eso no deja el traje de ser fungible, porque al darle el uso natural se consume, a esto le llamaban los romanos: *Ad Pompam Et Ostentationem* (1). Son aquellas cosas a las que

(1) EUGENE PETTIT—Tratado Elemental de Derecho Romano Pág. 402—Editora Nacional. Edinal S. de R. L. México, D. F. 1961.

no se les daba el uso natural, sino que para pompa u ostentación. El hecho de que al exhibirse una cosa no se consuma, no le quita su carácter de fungible, porque el día que esa cosa se destine a su uso natural desaparecerá, se consumirá, se destruirá.

Las cosas fungibles fueron suprimidas por la Comisión de 1902, como objeto posible del derecho de usufructo. El derecho de usufructo es un derecho real que se tiene sobre una cosa, para gozar de ella, con cargo de conservar de ella su forma y sustancia y devolverla al propietario una vez extinguido el usufructo. Nosotros teníamos, siguiendo la tradición romana, una especie de usufructo sobre las cosas fungibles, que ellos llamaban cuasiusufructo, el cual en vez de guardar la forma y sustancia de la cosa, se devolvía una cosa equivalente: Pedro daba a Juan en usufructo cereales o dinero; Juan los consumía y después devolvía una cantidad equivalente de dinero o de cereales, según fuera la cosa fungible que se había dado en usufructo. Entonces decían los romanos que eso era un cuasiusufructo, que no era en realidad un usufructo. La Comisión de 1902 suprimió precisamente esa forma de usufructo. Se fundó para suprimirlo en que éste se oponía a la naturaleza del derecho de usufructo porque dijo que el usufructuario se obliga a conservar la forma y sustancia de las cosas para devolverlas al propietario (Art. 769 C.) y en la cosa fungible, como se consume por el uso a que está naturalmente destinada, lógicamente no puede haber usufructo. Es decir, que en nuestra Legislación Civil únicamente el Art. 772 C. nos revela que puede establecerse el usufructo sobre muebles, y confirma su existencia el Art. 790 C. Con eso se creó la Comisión una serie de pequeños problemas porque una cosa típicamente fungible es el dinero y el usufructo muchas veces, sobre todo, el usufructo del padre de familia, recae sobre la universalidad de los bienes del hijo y allí se encuentra el padre, algunas veces dinero. Y el dinero produce intereses, que son frutos civiles. Entonces cabe la pregunta: ¿Y esos intereses a quién le corresponden y a quién le pertenecen? Son del padre, aunque el dinero sea fungible y no se considere susceptible de un usufructo, pero aquí hubo la interrelación de la patria potestad con la reforma de la Comisión y todavía vemos, en nuestro Código Civil, que se mencionan los dineros fructuarios y el usufructo del padre de familia sobre los bienes del hijo, no obstante que el dinero es típicamente cosa fungible, puesto que se consume con el uso natural a que está destinado. Esto es una pequeña disgregación sobre la cosa fungible, que es útil tomar o tener en cuenta.

Aquí pues, estamos en presencia de un legado que recae sobre estas cosas fungibles, a que se refiere el Art. 1090 C.

Lo fungible lógicamente necesita determinación, es decir, que se debe de determinar la cosa fungible de algún modo. Generalmente, la cosa fungible se determina por su cantidad, peso o medida. Ejemplo: tantas cargas de dulce de panela; tantas libras de maíz; tantas yardas de casimir. Esa cantidad, peso o medida, hay necesidad de determinarlos, es necesario porque si no se determina, el legado puede ser una cosa ridícula, puede ser absurda. Por ejemplo: X dice que le lega a Juan, trigo o que le lega maíz. Entonces el asignatario puede decirle al legatario: "bueno, aquí te doy estos cinco granos de trigo o estos mil granos de maíz" y con eso paga el legado. Son tan inmensos los límites, el ámbito que determina aquello, que podrían ser pedidos por el legatario diez mil quintales de trigo o de maíz al heredero, porque todo esto puede caber en un legado así y por eso se vuelve irracional. Por eso la ley exige que el legado de cosa fungible debe determinarse para que valga. El legado de cosa fungible se determina acomodándose a las formas regulares de cómo se miden las cosas en los actos entre vivos, como en la compra venta en que hay reglas consuetudinarias para determinarlo. Sin embargo, hay veces que la determinación se hace con relación al lugar en que la cosa fungible está ubicada y entonces es necesario interpretar la voluntad del testador para ver hasta dónde llega el legado y darle eficacia a la disposición testamentaria. Desde el tiempo de los romanos, se venía pensando en eso, y hablaban de los legados de vino, de trigo. Entonces decían, que un legado valía cuando se determinaban las cosas para cubrir la necesidad del legatario. Por ejemplo: cuando se decía que se le legaba lo que producía la hacienda del testador, el maíz, los frijoles, el café, la leña, la leche, para cubrir anualmente las necesidades del sirviente Sipio y su familia. Esto es una cosa perfectamente determinable y el legado vale, pero si el testador lo hubiera hecho en forma indeterminada diciendo que le lega a Sipio: maíz, frijoles, café, leña, y leche, entonces se vuelve una cosa ridícula que parecería que tal legado fue hecho para escarnio o burla del testador al legatario.

Después, el Art. 1090 C., entra al análisis de un caso de legado fungible en relación a su ubicación, lo cual está en el inciso 2º. Para interpretar la voluntad del testador en este caso, debemos remitirnos a la época en la cual se debe referir dicha interpretación:

- 1)—Al momento en que el testador hace la declaración o
- 2)—Al momento en que la declaración surte efecto, que es en el instante de la muerte del testador.

Algunos dicen que lo lógico sería referir la interpretación al momento en que el testador hizo la declaración. Cuando él dice "le dejo el trigo que tengo en tal parte". Es esa la cantidad de trigo que está allí y de la que el testador quiso disponer. El testamento se debe interpretar tal como dicen los comentaristas (1), "cual si el testamento fuese a surtir efecto en el mismo momento en que se está haciendo", "como si el testador se muriese en ese momento"; pero aquí la ley no ha aplicado esta regla, sino aquella, que se refiere a lo que existiera en aquel lugar, al momento de su muerte, porque la propia ley dice, que el testador puede estar modificando constantemente los legados, enajenando total o parcialmente las cosas que lega. Manifestando pues, una voluntad revocatoria y además, habría el inmenso problema, sobre todo, con las cosas fungibles, que por su propia naturaleza son corruptibles, que generalmente están en el comercio, instantáneo actual. ¿Cómo se podría entonces obligar al testador a que tenga guardadas esas cosas per secula seculorum? ¿Cómo se va a averiguar la cantidad de cosas fungibles que el testador tenía en un granero, si el testamento es otorgado en 1960 y se muere el causante en el año 2000? Entonces la ley con sentido lógico supone la voluntad del testador, que es la de dejar la cantidad que se encuentre al morir él, es lo racional, es lo de mas fácil aplicación. El sentido lógico nos lleva a ello. Podríamos suponer que el testador se dedicó a conservar aquello que señaló en el testamento, aquellas cosas fungibles, pero esto no es racional. Por eso la ley dice en el Art. 1090 Inc. 2º C.: "Se deberá la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, dado caso que el testador no haya determinado la cantidad; o hasta concurrencia de la cantidad determinada por el testador, y no más". Eso de que diga: "que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador", tiene gran importancia, porque si algún legatario tiene conocimiento de lo que hubiere al momento de la muerte del testador y sabe que él es legatario de eso, tomando en cuenta que las cosas fungibles muchas veces son cosas valiosas podría suceder, que fuera una cosecha de café que está en los patios de un beneficio, entonces, la ley le da una protección al legatario que es la Aposición de Sellos que la puede pedir cualquier interesado y aun el Juez decretarla de oficio antes de que el heredero se lleve la cosa fungible: el café, para evitar que el heredero diga después al legatario, que había una cantidad mucho menor de café. Por eso es que el legatario al tener noticia del legado, debe de estar listo en el momento en que muera el causante, para pedir la Aposición de Sellos, apoyándose en el Art. 1090 Inc. 2º C., que dice: "se deberá la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, dado caso que el testador no haya determinado la cantidad; o hasta concurrencia de la cantidad determinada por el testador, y no más". Esto es lógico, si Juan dice: del maíz que tengo en el granero de mi casa le dejo a Miguel veinte fanegas y al momento de la muerte de Juan, se encuentran en el granero más de veinte fanegas de maíz, no podríamos extender la voluntad del testador más allá de lo que él ha querido dejarle a Miguel. Pero viene al revés el otro caso: si la cantidad existente fuere menor a la cantidad legada, sólo se deberá la cantidad existente; si no existe allí cantidad alguna de dicha cosa fungible, nada se deberá. Pero ¿Por qué no se deberá nada si se trata de cosas fungibles, cosas genéricas, que podría el heredero ir a comparla y entregarla al legatario? porque precisamente, al señalar su ubicación, fue convertida la cosa fungible en cosa específica y por consiguiente, si el testador la consumió o enajenó y ya no dejó nada en el lugar, con eso el testador está revelando una voluntad revocatoria. Si se vende la especie o parte de ella, el legado se entenderá revocado total o parcialmente. Entonces en este caso, si es menor o ya no hay nada, ha habido una voluntad de revocar, pero esa voluntad de revocar tiene eficacia cuando entre la ubicación y el legado hubiera tal vinculación que determine que la cosa que se quiso legar era esa que estaba allí, en aquel puesto. Si no existe esa vinculación específica, clara, entonces las reglas que se aplican son las del Art. 1089 C.:

(1) LUIS F. BORJA—Estudios sobre el Código Civil Chileno—Tomo 16—Pág. 277.—París. Impresores Editores 99. Boulevard Raspail, 99.

1) Valdrá el legado de cosa fungible, cuya cantidad se determine por el testador a favor del ascendiente o descendiente legítimo o de su cónyuge. Aquí si no se encuentra la cosa fungible en el lugar señalado, el heredero tiene que comprarla y entregarla, pero de mediana calidad, del mismo género.

2) No importará que la cosa legada no se encuentre en el lugar señalado por el testador, cuando el legado y el señalamiento del lugar no forman una cláusula indivisible. Entonces, cuando de la ubicación del legado, no llegare a resultar que la intención del testador radicó en que la ubicación fuera el argumento determinante para la validez del legado, entonces la ley dice, no. Si no hay esa vinculación que diga: “éste es el trigo que le quiso legar”, entonces no, el heredero deberá comprarlo porque es cosa fungible, en este caso el legislador puso un ejemplo en el inc. final del Art. 1090 C.: 1) el legado de “treinta fanegas de trigo, que se hallan en tal parte” vale, aunque no se encuentre allí trigo alguno; 2) el legado de “las treinta fanegas de trigo que se hallarán en tal parte” no vale, si no, respecto del trigo que allí se encontrare y que no pase de treinta fanegas. Aquí se encuentra cabal don Andrés Bello, el lingüista, el gramático, aquí se ve la diferencia cuando se usa un artículo determinativo y cuando no se usa, es decir, cuando se dice *una cosa* y cuando se dice *la cosa*. Entonces, en el primer caso, no es el artículo gramatical el que determina, sino el verbo que se usa con seguridad, porque dice: “treinta fanegas de trigo que se *hallan* en tal parte”, el testador está seguro que allí están o estarán cuando él muera; a diferencia del otro que dice: “que se *hallarán*”, implica que puedan no hallarse. En el primer caso, el lugar de ubicación forma una cláusula divisible, si no se encuentran, hay legado. En este caso entendemos que si no se encuentran es porque él quiso legarlas y por eso hay que comprarlas y darlas al legatario. En el segundo caso, lo determina el artículo “Las”, porque dice: “*las* treinta fanegas de trigo que se *hallarán* en tal parte”; señala que, si son más, no quiso legar todas, sino las treinta o las que allí se encontraren. Aquí hay una cláusula indivisible entre el legado y el señalamiento del lugar. En el primer caso, es una forma de indicar donde se halla el trigo y en el segundo caso, entendemos la vinculación directa de la asignación con el objeto sobre el cual recae. En el proyecto de don Andrés Bello no iban esos ejemplos, sino que su informe; no iban en el Artículo, pero los legisladores incorporaron el ejemplo y lo convirtieron en precepto legal para definir el caso de lo que quería decir don Andrés Bello, cuando dijo: “cláusula indivisible”. Es una cuestión de hecho apreciar si el legado y la ubicación forma o no una cláusula indivisible y si procede o no entregar el legado cuando se halla o no en el lugar señalado.

#### F—) LEGADO DE GENERO

En el Art. 1092 C., nos encontramos en presencia de un legado de género, pero que se limita a la del género existente en el patrimonio del causante, es decir, es un género limitado; por consiguiente, el legado debe ser escogido, dentro de esas especies. Si no existiere la especie, no se podría entonces aplicar el legado por falta del objeto. Eso tiene una gran importancia porque al diferenciarse los legados de género limitado, con los legados de género ilimitado, puede recaer sobre cosas que en un determinado momento, no se pueda escoger una mediana calidad, por la naturaleza misma de las cosas. Aquí, en este Artículo, el testador lega una especie, pero no dice cuál. Ejemplo: “lego una de mis vacas que tengo; uno de mis caballos”. Las vacas y los caballos que el testador tiene son de raza, entonces no podría el heredero cumplir la voluntad del causante entregando una vaca o un caballo de mediana calidad, tomado genéricamente del género “vacas” o del género “caballos”. Necesariamente tiene que tomar las especies que se encuentran en el patrimonio del testador y dentro de ellas, escoger una de mediana calidad; por consiguiente, entre esas especies de raza hay unas de inferior o mediana calidad o de superior calidad, según los grados pura sangre de las especies. Entonces, la voluntad del testador es evidente: ha querido limitar el legado a las especies que estaban en su patrimonio y es dentro de ellas donde debe hacerse la escogitación para la elección de la cosa legada. Sería inequitativo permitirle al heredero escoger fuera de ellas, puesto que el testador dispuso de una de las que allí habían y también sería inequitativo permitir que fuera el heredero o el legatario quien escogiera la cosa que va a entregar o la cosa que le debiera pertenecer. En el antiguo Derecho Romano se distinguían las especies de legado y en unos casos la ley le confería la facultad de escoger al heredero y en otros, al legatario, según la fórmula que hubiese sido empleada por el testador al hacer el legado; pero nosotros

hemos superado esa situación y establecimos una regla de equidad o sea de que la cosa debida debe ser de mediana calidad, dentro de las cosas que existan en el patrimonio del testador, que fue a la que él quiso referirse cuando hizo el legado en esa forma.

En el Art. 1093 C., hay diferencia entre lo que es legado de cosa específica y el legado de cosa genérica. En el legado de cosa específica se determina lo que se lega. Ejemplo: "le lego esta grabadora; le lego este libro, etc.". Eso tiene importancia trascendental, sobre todo para fines de la extinción de la obligación de entregar el legado, puesto que si la especie legada parece sin hecho o culpa del que está obligado a entregarla, su obligación se extinguiría (Art. 1112 inc. 1º C.). La pérdida de la cosa que se debe es, precisamente, uno de los modos reconocidos por la ley para extinguir las obligaciones (Art. 1438 Nº 6º C.). Pero en los legados de cosa genérica, no se puede decir que el género perece; el género no perece, el género no es de nadie. Los legados de género que no se limitan a lo que existe en el patrimonio del testador, como una vaca o un caballo, imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad o valor del mismo género, en consecuencia, si el testador tiene cosas de ese género dentro de su patrimonio, pero no dijo que legaba una de sus vacas, sino que legaba una vaca, entonces evidentemente el testador no ha querido limitar la liberalidad a las especies existentes dentro de su patrimonio y por consiguiente no sería equitativo obligarlo a que si tiene tres caballos de pura raza, muy valiosos y asigna a un legatario, un caballo, dicho legatario quisiera que le dieran uno de los tres caballos pura sangre. Lógicamente, como el testador no lo limitó a lo que él tenía, sino que habló de modo genérico, es decir, que la expresión es de tal naturaleza que expresa una voluntad no circunscrita a las especies existentes dentro de su patrimonio, por eso la ley permite dar una cosa de mediana calidad o valor del mismo género del legado. Así sería, si dentro del patrimonio solamente existieran cosas de inferior valor, entonces no se podría dar una cosa de esas, porque son inferiores que la especie de mediana calidad que es a la que tiene derecho el legatario, quien diría que el testador no le legó una de sus vacas, sino que una vaca y entonces el heredero tendría que buscar una de mediana calidad o valor para dársela. Eso de mediana calidad o valor, es una cuestión de hecho, relativa, a veces es circunstancial, en un lugar o en un momento dado. Depende de tantas situaciones que se pueden dar en cualquier instante o en cualquier lugar, entonces, en caso de desacuerdo entre las partes, respecto a si la cosa satisface o no la obligación, será cuestión de la justicia ordinaria el determinar qué cosa es de mediana calidad o valor y por lo tanto, qué cosa es la que se debe entregar. La casuística llega a tener una extensión insospechada, pueden haber miles de casos en los que la salida, la solución, la dará el Juez en un momento dado. No podría alegarse, no obstante que el testador no dejó en su patrimonio vacas, que el heredero no tiene la obligación de entregarle al legatario una vaca de mediana calidad o valor, no se podría porque el testador legó "una vaca". Es decir, que no tiene relación el legado con las cosas que habían en el patrimonio del causante. La cosa legada es genérica y el género no es de nadie.

#### G—) LEGADO DE ELECCION

En el Artículo 1094 C., tenemos un problema interesante y es una cuestión que tiene antecedentes históricos remotos. El testador cree tener en su patrimonio varias cosas, entonces dice: "lego una de mis vacas". Pero en realidad solamente tenía una vaca. La ley dice que en ese caso deberá entregar la que haya dejado. Aquí la ley, se colocó ante una alternativa. El testador en el momento de testar, posiblemente tenía varias vacas, pero por A o B causa, en el momento de morir solamente tenía una vaca y en el legado daba una de las que él tenía. Entonces la ley, justamente, equitativamente, le da al legatario la única que tenía el causante, porque la ley lo que hace es cumplir la voluntad del testador, es decir favorecer al legatario dándole lo que él dejó y que había en su patrimonio, aunque sólo hubiera una unidad. Con eso se satisface el legado. Si lega varias, es decir, sus vacas y sólo hay tres, lógicamente el heredero entregará las tres, satisfaciendo así el legado y cumpliendo en tal forma con la voluntad del testador. Aquí puede haber un error, pues al momento de hacer el testamento, el testador pudo haberse imaginado una escogitación y resulta que a la hora de la muerte, o sólo había exclusivamente la cantidad de la especie legada o menos y al haber dejado así el testamento, su voluntad siempre fue la de favorecer al legatario.

El segundo inciso del Art. 1094 C., se refiere a que si el testador no dejó ninguna especie al momento de morir, no valdrá el legado porque hubo error. Sólo valdrá en el caso del Art. 1089 C., que es la excepción. Aquí la obligación consiste en entregar una cosa mediana a los parientes legítimos o al cónyuge del testador, ya que no habría la especie legada en el patrimonio del testador o causante. Será pues, una cosa mediana del mismo género del legado, que no hay en el patrimonio la que se pagará, pero el heredero tiene que obtenerla por otro lado, es decir, comprarla, para entregarla. Esta cosa será de mediana calidad y del mismo género aunque el testador les haya conferido la elección a los parientes a que se refiere el Art. 1089 C. El derecho de elección es a veces un derecho esencial o fundamental en los legados, porque el testador puede dejar el legado a la elección del legatario o a la elección del heredero. En este caso, si hubieran existido las cosas legadas en el patrimonio del testador, y éste hubiera dejado al legatario el derecho a elegir a su arbitrio, éste tendría la gran ventaja para poder elegir, pero resulta que si no existen esas cosas en el patrimonio del testador, el legado, por regla general no vale; pero en cambio cuando se trata de los parientes mencionados en el Art. 1089 C., el legado vale y aunque los parientes legítimos y la cónyuge del causante tengan el derecho de elección, sólo podrán pedir una cosa mediana del mismo género, porque no están las cosas o la cosa legada en el patrimonio del testador; no elegirán y solamente recibirán una cosa mediana y del mismo género que obtendrá el heredero para entregarla. Es irrisorio mantener el derecho de elección a tales parientes, porque el legislador les concedió el legado no obstante el error cometido por el testador, que creyó tener varias cosas y no dejó ninguna, por lo tanto no podrían esos parientes elegir entre aquello que no existe. Es cierto, que en esas condiciones, el legado subsiste, pero no en el sentido de que los parientes puedan elegir fuera del patrimonio del causante. Eso sería inequitativo, porque en ese caso los parientes podrían elegir lo mejor. Si el derecho de elegir descansaba sobre cosas que dejó en su patrimonio el testador, entonces sí, tanto el legatario no pariente, como los parientes del Art. 1089 C., podrían elegir entre esas, la mejor; pero este derecho de elección no puede trasladarse a los parientes sobre cosas que no dejó el causante o que no hay en su patrimonio, al momento de su muerte.

En el inc. 3º del Art. 1094 C. aparece un problema tremendo porque las reglas de interpretación en el derecho positivo y sobre todo en los legados, tienen una gran casuística acomodada a los tiempos en que estas normas fueron dadas. Aquí se plantea un problema que generalmente se encuentra ahora en casi todas las cosas, tal como en la vida moderna existe. Dice la ley, que si el testador lega una cosa que él cree que existe en su patrimonio y no había ninguna, no vale el legado, pero si es pariente de los del Art. 1089 C., entonces sí, vale, y no podrán pedir más que una cosa de mediana calidad del mismo género, que el indicado por el testador fuera del patrimonio de éste, aunque el testador les hubiere concedido la facultad de elegir, pero si el legado recae sobre una cosa de aquellas cuyo valor no tiene límites, como una casa, una hacienda de campo y no existe ninguna del mismo género entre los bienes del testador, nada se deberá ni aun a las personas designadas en el Art. 1089 C., porque hay una imposibilidad de escoger una cosa de mediana calidad. En este inciso, la ley pone hasta ejemplo, porque eso viene desde el Derecho Romano. Los romanos decían "que entre casa y casa, entre nave y nave, hay una diferencia como entre Mantúa y Roma" (1) En Las Partidas dice que cuando se hace un legado de esas cosas indeterminadas, pero del género de esas especies y cuyos límites del valor de ellas no se puede fijar, y por lo tanto no se puede determinar el valor mediano de la cosa, tal asignación se hizo por escarnio o por burla, según Las Partidas. (2) Eso se parece a los legados indeterminados de cosa fungible: le lego trigo; le lego maíz. Podría el heredero dar cinco granos de trigo o diez granos de maíz y satisfacer así la obligación. Lo que sería irrisorio. Hay cosas entre las que se puede encontrar la mediana calidad o valor. Los romanos por eso afirmaban: entre casa y casa hay una gran diferencia, así como entre nave y nave; pues entre una lancha y el Queen Mary, hay una marcada diferencia y las dos son naves. Por eso es que entre estas cosas no vale el legado ni a favor de los parientes que se designa en el Art. 1089 C., dada la imposibilidad de determinar qué cosa es de valor mediano, entre aquellas que hay de tanta variedad y de diferentes valores. Las haciendas y las casas y muchas cosas más, tienen valores sin límites, ya por su ubicación, ya por su extensión, ya por la clase de construcción o por la clase de cultivo, etc. En un caballo, una vaca, un automóvil, sí hay un valor medio, pero en una pintura, una escultura, no hay valor medio, ya que en economía los valores se miden por la necesidad o por la escasez, etc. Por eso es

---

(1) (2) Dr. Rafael Francisco Funes. Apuntes de clase sobre Derecho Sucesorio. 1967.

difícil establecer el valor medio sobre estas cosas siendo estas reglas de difícil aplicación para el Juez, ya que debe tomar en cuenta las voces del testamento, las circunstancias de tiempo y de lugar, para poder interpretar racionalmente el legado, pero nunca sobre hacienda de campo o casa, porque están excluidas por el citado Art. Ahora, esto se refiere a cosas que se legan sin que se encuentren en el patrimonio del testador y que no tiene límites en su valor, pero pueden haber casas y haciendas en el patrimonio del testador, y entonces sí se puede escoger una de las haciendas de mediano valor, entre todas, no matemáticamente el medio valor, sino en cuanto a las casas o haciendas existentes en el patrimonio del testador, ya que él legó una casa o una hacienda entre las que dejó en su patrimonio. El heredero la buscaría para entregarla según la interpretación que se le dé racionalmente a la voluntad del testador en lo que respecta a la especie y al legado. Esto puede prestarse a subjetividades (Art. 1094 C.).

En el Artículo 1095 C., se habla claramente del derecho de elección. Si de varias cosas, se da el derecho de elección de una de ellas a la persona obligada o al legatario, podrá aquélla o éste ofrecer o elegir a su arbitrio, respectivamente. El arbitrio es la libre disposición, la libre voluntad para poder determinar la cosa que se quiere, de las muchas en que se ordena que se ejerza aquel arbitrio.

El inciso 2º del Art. 1095 C., nos dice, que hay una regla especial. En esta clase de legados hay que comprender tres posibilidades de elección: 1) Elección del heredero; 2) del legatario; y 3) elección de un tercero expresamente designado por el testador en su testamento. "Tercero", no es ni el heredero ni el legatario; "cometer" es cambiar, más ampliamente, designar. El tercero pues, escoge a su arbitrio, hace lo que podía haber hecho el legatario o el heredero, pero el tercero puede negarse a ejercer este arbitrio que el testador le había confiado o concedido y entonces, tanto el heredero, como el interesado que es el legatario, pueden acudir ante el Juez competente, no a pedirle al Juez a que escoja, sino a que señale un plazo al tercero para que cumpla con el deber de elegir, porque el tercero dejó pasar el plazo que le señaló el testador en su testamento, si así hubiese sido, pues sólo pudo haber dicho el testador, "que confiaba o designaba a fulano de tal para que eligiera", sin señalar el plazo para la elección. En ambos casos, si el tercero no cumple en el plazo señalado por el Juez, entonces se aplica el Art. 1092 C., y aquí de común acuerdo se elegirá entre varias especies una de mediana calidad. Vemos pues, que el Juez no escoge, no elige, pero si el heredero con el legatario no se ponen de acuerdo, esa disputa se resuelve judicialmente. Hecha una vez la elección, no habrá lugar de hacerla de nuevo, sino por causa de engaño o dolo. Aquí pues, dirían los procesalistas que la facultad precluyó, porque, aunque el que eligió se hubiera equivocado, la elección vale y no se puede hacer de nuevo. Es como cuando se vota, si el que votó por tal candidato no apreció las cualidades del candidato y dice: "me equivoqué de candidato", después de votar ya no puede votar de nuevo.

Solamente se podrá elegir de nuevo cuando hay engaño o dolo, como en el caso de que el tercero o el legatario eligieran entre varias especies y el heredero hubiera escondido las mejores de ellas, o que el tercero se pusiera de acuerdo con el heredero, o recibiera pago del legatario para escoger la mejor especie.

El dolo, dice el inc. final del Art. 42 C., "consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

## SEXTA PARTE

### OTRAS CLASES DE LEGADOS

Existen inmuebles que lo son por destinación, porque por su propia naturaleza no son inmuebles (Art. 563 C.), pero que por el destino que se les da, hace que se les comprenda dentro del inmueble. Por ejemplo, un azadón y todos los utensilios que se usan en la agricultura, existentes en el inmueble; los animales que viven en el inmueble, que son destinados para beneficio de éste. Lógicamente el legislador cuando trata de la transmisión hereditaria, entiende que la especie legada, comprende esos accesorios que el testador los destinaba para beneficiar en un sentido utilitario, podríamos decir, dentro

del predio en sí. Son en realidad cosas accesorias, que por su destinación cabe presumir que el testador las quiso comprender en el legado. Sin embargo, no basta la destinación para que esas cosas queden comprendidas en el legado, sino que deben realmente encontrarse en el inmueble al momento en que muere el testador y que sean necesarias para beneficiar el inmueble. Los utensilios, cuando los inmuebles son legados, muchas veces son extraídos por los herederos, para entregar solamente el inmueble, por eso es que los legatarios inmediatamente que saben que existe un legado a su favor, deben pedir la aposición de sellos al Juez respectivo, que consiste en que el Juez pone sellos en aquellos lugares para impedir que las cosas puedan llevarse y con ello perjudicar el derecho del legatario o asignatario. Con respecto a los utensilios que están en el inmueble a la muerte del testador, deben ser utensilios necesarios para su uso, pues hay gente que cree que el ganado que se halla en una hacienda que se lega, será comprendido en el legado y no es así, entrarían para el caso, los semovientes que se destinaban al cultivo del inmueble legado. En su primera parte el Art. 1096 C., contiene una regla: "la especie legada se debe en el estado en que existiere al tiempo de la muerte del testador". Esto lo señala la disposición, porque la especie legada puede haber sufrido alguna modificación en un sentido, de haber sido agrandada por accesiones o haber sido disminuida. Tenemos el caso del aluvión, que es el aumento de las propiedades por el lento o imperceptible retiro de las aguas, lo cual se encuentra en el Art. 631 C. Entonces la especie legada se deberá en ese estado; además, la especie legada puede deteriorarse por el uso, como en el caso de un automóvil. Si la especie sufre modificaciones sustanciales, entonces ya la ley lo entiende esto como revocación del legado, que aparece en el Art. 1112 C., disposición que los comentaristas no consideran justa, porque si el testador mejoró sustancialmente la especie, está significando que quiere el testador mejorar la especie, que le va a dejar al otro y por consiguiente el legado debe comprender aquello que por estar incrustado dentro del inmueble, llega a formar parte del legado, ya que si vende un inmueble y hay en él una casa, se entiende comprendida en el inmueble aunque no se mencione en él, sin embargo, en el Art. 1097 C., la ley interpretó de modo distinto el criterio de la mayoría de la gente y de los comentaristas.

El inciso 1º del Art. 1097 C., habla en primer lugar, de dos tipos de agregación:

1) La construcción que se haga en el predio y las tierras que el testador agregue al predio. Estas agregaciones hechas después del testamento, no cabe presumirse de que estaban comprendidas en el legado. Tal vez en esta parte la interpretación es correcta, porque efectivamente las agregaciones en los predios, son tierras que fueron compradas u obtenidas por el testador generalmente, a distintos dueños y puede presumirse, que la voluntad del testador por el hecho de comprar un predio contiguo al otro, era la de no comprenderlo en el legado que ya había hecho.

2) En el caso de la edificación verificada en el predio después de haberse hecho el testamento, es difícil justificar la excepción que la ley ha hecho, porque el edificio es una incrustación, pudiéramos decir, en el predio y precisamente el inmueble está formado por la tierra y por los edificios existentes en ella, así como si en el predio hay una cosecha de algodón o café, claro que la comprendería en el momento en que el testador se muere y ha legado aquel predio, aunque signifique una inversión de cien mil colones la siembra del algodón o el café; por eso es que los comentaristas dicen que esa regla no es justa, sería mejor interpretar la voluntad manifiesta del testador de mejorar al legatario y por eso es discutible, pero es una regla del derecho positivo y no queda más que obedecerla y aplicar la disposición tal como la tenemos aquí. Como no quedan comprendidos en los legados ni los nuevos edificios ni las tierras que se le agreguen, la ley da una norma, valora una y otra cosa; el predio en el estado anterior y el valor de las agregaciones o construcciones que se le hubieren hecho. Si el predio es de dos manzanas y se le agregan ocho manzanas, entonces al legatario solamente se le debería el valor de las dos manzanas que se le habían legado. Si es al revés, o sea que el testador legó ocho manzanas y le agregó dos manzanas, entonces se le deberá todo al legatario, con la obligación del legatario de pagar el valor de las dos manzanas agregadas. Por eso dice la disposición: "si lo nuevamente agregado, formare con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse en grave pérdida y las agregaciones valieren más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá este segundo valor al legatario, si valieren menos, se deberá todo ello al legatario con el cargo de pagar el valor de las agregaciones". Esto supone en la aplicación de la disposición, en primer lugar, un supuesto, es decir que las agregaciones no puedan separarse sin grave pérdida para la cosa, como una construcción en un predio legado. Si el predio vale más que el edificio, será el legatario el que pagará el valor del edificio porque éste vale más que el predio legado. Aquí la ley aplica pues, una regla ar-

bitraria. Actualmente puede darse una serie de agregaciones, que en cierto modo, son de fácil separación, como las casas prefabricadas que se pueden separar. La separación será cuestión de hecho y la justicia decidirá si se puede o no separar la agregación sin grave pérdida. En las agregaciones de terreno, muchas veces no hay problema, sólo es cuestión de tirar el lindero y decir, esto le queda al heredero y esto al legatario; pero a veces no podría hacerse así. Supongamos que el testador tiene una instalación dedicada a una explotación lechera y en ella hay gran cantidad de vacas de mucho valor, para las cuales necesita determinados pastos y ha agregado a los potreros iniciales que tenía, otros más, comprando más animales, entonces el heredero diría, que sería trágico para él entregar la tierra legada, que son los potreros, en las condiciones en que las necesita, porque le perjudicaría para la explotación de la planta lechera, si le entrega el legado al legatario. Entonces aquí se aplica la regla, que es genérica para uno u otro caso, pero que generalmente quedará sujeta a la decisión final del Juez.

El inciso 2º del Art. 1097 C., regula respecto a medida de tierra, la posibilidad de que el testador legue, no lo que se llama un cuerpo cierto, es decir, que diga lego mi predio tal, inscrito bajo el número tal, sino que: “lego a Juan, de mi finca que tengo en tal parte, cinco mil varas cuadradas, que deberán quedar en la esquina que linda con el terreno de Miguel” y así queda el legado; pero el testador en seguida compra en esa esquina una agregación, en tal virtud dice el legatario: “como aquí agregó el causante, yo quiero que se me aplique la regla; por consiguiente como a las cinco mil varas cuadradas que tenía él, agregé cuatro mil varas cuadradas, quiero que se me den las nueve mil varas cuadradas, con la obligación de pagar yo, las cuatro mil restantes más, que el testador agregó”. A eso, el legislador dice que no, porque cuando el testador lega una tierra medida, sólo la tierra medida se debe y en ningún caso cabe hablar de que se puede obtener lo agregado por el testador. Estas reglas como se ve, son bastante caprichosas que ya en los casos concretos no están conformes a la equidad, pero así es nuestro derecho positivo y tenemos que aplicarlo en la forma apuntada.

El 3º inciso del Art. 1097 C., es idéntico a lo que veníamos diciendo, es decir, que si el testador lega un solar y después éste edifica y posteriormente muere, solamente deberá el heredero el valor del solar al legatario; pues se entiende referida la *disposición a un lugar destinado para edificar*. La expresión “solar” se refiere a los predios urbanos existentes en las ciudades o los pueblos, que son edificables. Se sigue aplicando la regla aquella discutible, pues la gente cree que el legatario tiene derecho al solar legado y a la casa que construyó después el testador.

Entonces hay que tener el cuidado necesario, cuando se hace el testamento de un cliente y éste deja tierras en calidad de legados, hay que decirle al cliente que si a esos legados les agrega tierras o edificios, esos agregados no quedarán comprendidos en el legado y que si quiere legar los agregados al mismo legatario, deberá instituirlo de una vez en el testamento, de lo contrario, tendría que revocar el legado y hacer un nuevo testamento.

Para mejor comprensión del Art. 1098 C., debemos de saber qué son las servidumbres: en el antiguo Derecho Romano había servidumbres personales y servidumbres prediales. Las primeras están, en relación a la cosa sobre la cual se ejercita; constituye un gravamen que puede estar concebido de modo que beneficie a una persona determinada. Las segundas son, cuando constituyen un gravamen que puede estar concebido de modo que beneficie al propietario, sea quien sea el dueño del inmueble. Por eso se dice, que las servidumbres personales, son aquéllas en las que la cosa gravada sirve a la persona, mientras que las prediales son aquéllas en las que el predio gravado sirve a otro predio.

“Servidumbre”, es un derecho real sobre cosa ajena, consistente en el poder de impedir ciertos actos al dueño de ésta.

La servidumbre se entiende legada porque es un derecho real, que grava al inmueble.

Con respecto al Artículo 1099 C., podemos decir, que los bienes los divide la ley en bienes muebles e inmuebles definiendo lo que son los bienes inmuebles o raíces en el Art. 561 C., y por exclusión el Art. 562 C., dice, que son muebles los demás; los bienes inmuebles fueron definidos, en el Art. 561 C., pero la ley no dio una definición de mueble, por excepción se refiere a bienes muebles en el Art. 562 C. La característica de muebles, es su movilidad, la posibilidad de trasladarlos fácilmente de un lugar a otro. Muebles viene precisamente de movilidad. En los bienes muebles quedan comprendidas todas las cosas movibles y los derechos comprendidos en ellas, por ejemplo, un derecho de usufructo en un semoviente

sería un derecho mueble; el mismo derecho de usufructo sobre una finca sería un bien inmueble. El usufructo en un semoviente comprendería la cría de éste. Son frutos naturales. Sin embargo, al interpretar la expresión muebles, puede prestarse a equívocos, porque al decir muebles genéricamente, da lugar a creer que pueden entrar en la expresión todo lo que tiene el carácter de bien mueble. Así por ejemplo, una persona en su patrimonio tiene una gran cantidad de objetos que no son raíces, pero de tal diversa naturaleza y valor, que a veces la expresión mueble se hace sin la intención de comprender todo eso que queda dentro de un concepto tan amplio. En el concepto de muebles entra el dinero, los depósitos bancarios, los títulos valores, etc. Entonces a veces se habla de “sus muebles” en un sentido restringido, no en ese sentido lato, extensivo, en que se pudiese tomar la palabra. Por ello en el Art. 565 C., el legislador consideró, después de haber definido y clasificado los bienes, dar las reglas para evitar que en caso de duda, la expresión pudiese haberse tomado en un sentido tal que fuese más allá de la intención de los contratantes o de la intención del testador, por consiguiente dijo: “cuando en las leyes o en las declaraciones individuales se use de la expresión “bienes muebles” en general, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles según el Art. 562 C.; pero cuando se use de sólo la palabra “muebles” con relación a otra cosa, como en las expresiones “los muebles de tal casa”, “mis muebles”, no se entenderán comprendidos el dinero, los documentos o papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, las ropas de vestir o de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general, otras cosas que las que forman ordinariamente el ajuar de una casa”.

Entonces vemos, que la expresión “muebles”, puede tener una connotación limitada, si se le acompaña de otra expresión que esté indicando que no se están refiriendo de modo genérico a lo que el propio legislador dijo. Entonces, cuando uno dice: “mis muebles”, no se está refiriendo al dinero que se porta en la bolsa o que se tiene en la caja de hierro. En los anuncios, cuando dice, “venta de muebles”, no significa que allí se vendan acciones, automóviles, etc., sino que aquellas cosas que se destinan para el uso de la casa, porque la ley dice que no comprenderán más, que aquellas que están en el ajuar de la casa. Así se usa de modo natural en el lenguaje corriente la expresión “mueble”, que tiene un sentido amplísimo si va acompañada de la expresión “bienes muebles”, pero si se usa simplemente como sustantivo, en ese caso no se entienden comprendidas todas esas otras cosas, sino las que generalmente forman el ajuar de la casa, el cual está constituido por aquellas cosas que se destinan para satisfacer las necesidades de la habitación. El juar, es el conjunto de bienes muebles que sirven para que el inmueble destinado a habitarse, pueda cumplir la función de ser habitable. Las cosas que constituyen el ajuar corrientemente son: la cama, el tocador, la mesa de comedor, el chinero, la sala, las sillas y todas aquellas cosas que están en una casa para permitir que pueda ser habitada. El ajuar es lo que sí queda comprendido en la expresión “mueble”. Los comentaristas dicen que esa expresión “ajuar”, es cambiante de acuerdo con las costumbres de los respectivos países y también de acuerdo con el tiempo. Probablemente el ajuar de la casa de un romano, era bastante diferente del ajuar de la casa de un hombre de hoy. El ajuar de un indígena, de los que vivían en Centroamérica, antes de que viniera Colón, posiblemente, contenía una serie de cosas que ahora no las utilizamos nosotros. Entonces pues, es una cosa cambiante de acuerdo con las costumbres del país; de acuerdo con el estado de civilización en la respectiva comunidad; de acuerdo con el tiempo y hasta de acuerdo con las condiciones climáticas que hubieren en un lugar dado. La estufa por ejemplo, no se necesita en los países cálidos y sí es necesaria en los países fríos.

Ya han habido litigios, porque en los testamentos se ha usado mal la expresión “muebles”, dado que los Notarios no le explican a los testadores como deben hacer los legados y éstos dicen: “le lego mi casa con mis muebles”; y tal vez el testador le quiso dejar al legatario muchas de las cosas que en la casa estaban, y el legatario cree también, que tiene derecho al automóvil, sin embargo, la ley ordena excluirlo, porque manifiesta que los carruajes no entran, ni las joyas, ni el dinero. Hay que explicarle al testador el alcance de sus palabras, que si él quiere legar expresamente alguna de las cosas que no están comprendidas en el ajuar de la casa, lo diga en el testamento en forma clara y precisa. Si le quiere dejar el dinero al legatario, que diga: “le lego el dinero que se encuentra en la caja de hierro”; y entonces es legado de cosa fungible y se le aplica la regla pertinente, porque se ha determinado el lugar de su ubicación. Que no crea el testador cuando dice que lega su casa con todos sus muebles, que con tal expresión están comprendidas las cédulas hipotecarias que tiene en la caja de

hierro. Para ello debe decir expresamente, que lega las cédulas que están en la caja de hierro. Cuando una expresión del testador no es clara, da lugar generalmente al litigio, por no haberle explicado el Notario los alcances de las expresiones que la ley considera pertinentes.

Con la explicación anterior, analizaremos naturalmente el Art. 1099 C. En el primer inciso de este artículo vemos claro lo que anteriormente dijimos, en este legado se aplica la regla anterior y se lega el ajuar que está en la casa, no las cosas que antes estuvieron en la casa. El Art. 565 C., revela la época en que fue hecho, porque menciona los carruajes. Hoy el legislador hubiera puesto en esta disposición "los automóviles"; habla de caldos, granos, las caballerías y sus arreos, que eran las cosas de gran valor que la ley consideraba que no estaban comprendidas en la expresión genérica y que la excluyó, del ajuar. Ahora bien, en el caso de la "hacienda de campo", dice el inciso 1º del Art. 1099 C., que únicamente se entenderán en el legado aquellas cosas que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y se encuentran en ella, al momento de la muerte del testador. Aquí los comentaristas dicen que el legado de una "hacienda de campo" con sus muebles o de lo que se encuentra en ella, es idéntico, porque por regla general, ya había dicho la ley antes, que en los inmuebles por destinación están las cosas muebles que se destinan al cultivo de un inmueble, las máquinas, herramientas, utensilios, abonos, animales, aperos. Lo dice el Art. 563 C. De tal manera que en el legado de una "hacienda de campo", quedan implícitas todas estas cosas. Esta regla del inc. 1º del Art. 1099 C., es confirmatoria del Art. 563 C., para evitar las dudas respecto a la interpretación de las disposiciones testamentarias y en realidad es utilísima, porque podría dar lugar a complicadas controversias. Aquí el pensamiento del legislador ha quedado bien claro y además ha establecido un principio respecto a la "hacienda de campo": para que queden comprendidos en el legado las cosas o utensilios, es necesario que se encuentren en ella. No basta la simple destinación, porque bien podría el testador ocupar utensilios y herramientas, máquinas para el cultivo de la hacienda, pero luego se las lleva a su casa y al morir, dichos accesorios, no se encontraron en la "hacienda de campo", sino en la casa del testador; por lo tanto, esas cosas no entran en el legado de la "hacienda de campo". La ley pues, exige la destinación de la cosa y la ubicación de la misma.

En el inc. 2º del Art. 1099 C., dice, que tanto en el legado de una casa, como en el de una "hacienda de campo", no se deberán las cosas que dijo el Art. 565 C., ni el ganado de crianza, sino lo que el testador expresamente manifieste en su testamento, en éste puede designar que lega el ganado de cría, que en una hacienda no sirve para el cultivo y beneficio de ella, ya que no es para arar, no son inmuebles por destinación. La destinación consiste en que la cosa sea accesoria a la cosa principal, que es lo que hace que se comprendan los otros objetos que expresamente se han designado como inmuebles por destinación.

En cuanto al Art. 1100 C., la disposición viene desde épocas antiguas. En Las Partidas se habla de lo que es un rebaño y hasta determina, para fines penales, el número de especies de que se compone un rebaño. Nosotros tenemos la definición de rebaño en el Diccionario de la Real Academia Española que dice: "hato grande de ganado generalmente lanar". Eso de grande, no indica limitación. También dice: "cuerpo compuesto de diversas reses", es otra definición del diccionario aludido. Entonces, aquí el legislador contempló el caso de que el testador siendo dueño de un rebaño, lo legara. Probablemente lo reguló, porque el rebaño es un cuerpo cambiante, las especies se sustituyen. Entonces el problema que surgía en los rebaños consistía en la forma en que se interpretaba la voluntad del testador, porque podía suceder que el testador, en el momento de testar tuviera un rebaño de más de cien animales y que al momento de morir sólo hubieran cincuenta animales. Por eso probablemente el legatario, según fuese su particular situación, trataría de obtener el mayor número de especies y por consiguiente, si hubiesen disminuido entre la fecha de otorgamiento del testamento y la muerte del testador o fecha de ejecución del testamento, exigiría que lo repusieran los herederos, las que el testador enajenó o las que se murieron. Lógicamente, con sentido natural, el legislador dice: "se deberán los animales de que se componga el rebaño al tiempo de la muerte del testador, y no más". Con eso quiso decir, que no hay necesidad de sustituir las especies que hubieren desaparecido. En primer lugar, el causante no dijo lego cincuenta animales, sino que dijo: "mi rebaño de ovejas se lo lego a fulano de tal. Entonces el rebaño es un cuerpo indeterminado con relación a los animales de que se compone dicho rebaño, por consiguiente es además cambiante, por las razones antes expresadas. En segundo lugar, sería difícil cuando entre la fecha del otorgamiento del testamento y la fecha de la ejecución del mismo, ha transcurrido mucho tiempo, y entonces poder determinar el número de animales de que se

compone el rebaño. En tercer lugar, si hubiere disminuido el número de animales porque perecieron, no hay obligación del heredero de reponerlo, porque en este caso las cosas perecieron para su dueño y si el testador las enajenó, se supone que hubo revocatoria parcial del legado. En cuarto lugar, si desaparece el rebaño porque el testador lo vendió éste destruye el legado al destruir su objeto. Por eso es que la ley ha dado una regla muy clara en el Art. 1100 C.

El Artículo 1101 C., a la letra dice: "Si se legan a varias personas distintas cuotas de una misma cosa, se seguirán para la división de ésta, las reglas del Capítulo precedente".

El Capítulo precedente, es el "De las asignaciones a título universal".

La anterior disposición es bien clara. Una herencia entera se puede dividir en cuotas. Se puede decir, un cuarto para el heredero tal; un cuarto para el otro heredero y un medio o la mitad para el restante heredero. Pues también las cosas singulares se pueden dividir en cuotas. Se puede decir: le lego una cuarta parte de mi finca "La Perica" a mi hijo Juan; una cuarta parte a mi otro hijo Pedro y la mitad a mi esposa María.

Entonces pues, esta regla es clarísima, pero pudiera suceder que las cuotas se leguen por partes iguales o pudiera suceder que no se completa la unidad y como no hay acrecimiento, le quedaría al heredero, si el testador no hubiese determinado a quien se la deja; pero el caso más importante que aquí se plantea es en el supuesto de que se dividiera una cosa en varias cuotas y que estas cuotas en que la cosa se divide excediere de la unidad. Ejemplo: "le lego dos terceras partes a fulano; le lego una cuarta partes a sutano y le lego una quinta parte a prerencejo". Esto excede de la unidad. Entonces para que haya equidad se disminuye la cuota de cada uno proporcionalmente, completando la unidad.

El Art. 1102 C., a la letra dice: "La especie legada pasa al legatario con sus servidumbres y demás cargas reales".

Lo del Art. anterior, es una cosa interesantísima ya que la especie lleva consigo soportando las cargas que sobre ella existen. No sólo se refiere a la servidumbre, sino a otras cargas, como un usufructo a favor de una persona, un uso, una habitación, una hipoteca, una prenda si se trata de una cosa mueble, estas cargas que pesan sobre la especie no desaparecen con el legado. Indiscutiblemente el legatario recibe la especie, tal como la tenía el testador y por consiguiente el heredero no está obligado a liberar al legatario de las cargas reales. Pero aquí sí hay un problema fundamental, y es precisamente con respecto a la prenda y a la hipoteca. La especie legada pasa soportando la prenda o la hipoteca, pero el legatario no está obligado a liberar la cosa de la prenda o la hipoteca o sea ese crédito garantizado por la prenda o la hipoteca. Estas dos son cauciones accesorias a una obligación principal. Entonces, si X lega una cosa hipotecada o que se ha dado en prenda, puede el acreedor hipotecario o prendario, ejercer la acción contra la sucesión, embargar la cosa hipotecada o que se ha dado en prenda, y llevarla hasta pública subasta, pagándose con ella porque ese es el derecho principal que tiene el acreedor hipotecario, éste tiene preferencia de pago y derecho de persecución de la cosa hipotecada en manos de quien se encuentre. La obligación mutuaria garantizada con la hipoteca no es una carga real de la cual responda el legatario. El mutuo genera un derecho de crédito, un derecho personal que se tiene contra determinada persona; lo único que la especie tiene es un gravamen real que la obliga o la sujeta para que con ella se pague el acreedor la obligación caucionada por ella, por eso el legislador ha regulado el pago de las deudas hereditarias y testamentarias en el Art. 1247 C. Este es un Art. importantísimo, porque mucha gente cree, que cuando le legan una casa a alguien y está hipotecada, ese alguien pagará la hipoteca. Para que suceda esto el testador debe decir expresamente que quiere que el legatario pague la deuda hipotecaria o prendaria. Si solamente le lega la especie, el legatario puede pagar al acreedor, pero se volverá contra el heredero para exigirle la devolución del dinero que pagó, porque le dirá: "yo no estoy obligado a pagar deudas, es usted, porque la especie me fue legada por el testamento, sin decir que yo tenía que pagar la obligación. Entonces tengo derecho de subrogarme en el pago, es decir, que tengo los mismos derechos que el acreedor tiene contra usted, y por lo tanto, usted me debe y tiene que restituirme lo que yo pagué".

El Art. 1102 C., dice que el legado pasará con sus servidumbres y demás cargas reales; no por eso, dejará el legatario de respetar un arrendamiento en la cosa legada. Es evidente, que es en vir-

tud del contrato de arrendamiento, que la cosa legada no puede entrar al goce completo del legatario o heredero, mientras no termine el contrato, pues la obligación de obtener los cánones del arrendamiento sería para el legatario.

En el caso que el acreedor hipotecario se hiciera pago con la cosa legada hipotecada, y el testador no ha dicho expresamente que será el legatario quien va a pagar la deuda hipotecaria, será entonces el heredero el que pagará al legatario el justo precio de la cosa con la que se hizo pago el acreedor, si la hipoteca es menor que el valor de la cosa. Podría suceder que la cosa está hipotecada garantizando el crédito de un tercero y entonces no sea el heredero quien tenga que pagar, sino que el tercero, ya sea que el acreedor se haga pago con la cosa o ya sea que el legatario pague la deuda hipotecaria, pues en ambos casos pagará el tercero al legatario, porque éste se subroga en las acciones del acreedor contra el tercero, o sea que obtiene los derechos que tenía el acreedor contra el tercero. Si el inmueble es menor en su precio que la deuda hipotecaria, y el acreedor se cobra con dicho inmueble una cantidad menor que lo adeudado, por el causante, entonces solamente tendrá derecho el legatario a cobrarle al heredero la cantidad con que se hizo pago el acreedor, o el justo precio de la cosa, si el legatario paga la deuda.

Nosotros tenemos ahora solo esta disposición y la del Art. 1247 C., antes teníamos en el Art. 1112 C. un inciso, que era entonces el inciso 3º, inmediatamente después que dice: “y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador”, allí comenzaba el tercer inciso en el Código de 1860, y decía así: “la prenda o hipoteca constituida sobre la cosa legada no extingue el legado, pero lo grava con dicha prenda o hipoteca”, es decir, que si venía una persona y legaba una cosa cuando la tenía libre y después la gravaba con prenda o hipoteca, no la extinguía, dado que en el inciso anterior de este Art. 1112 C., decía y dice: “la enajenación de las especies legadas en todo o parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado, en todo o parte, etc.” y decían entonces: como la prenda o hipoteca son una especie de enajenación, se entendía que lo revoca, pero el legislador aclaró diciendo: la prenda o hipoteca no lo revoca, pero grava el legado con dicha prenda o hipoteca. Entonces resultaba el gravamen prendario o hipotecario y daba lugar a la siguiente reflexión: Si yo tengo un inmueble de cincuenta mil colones y lo doy en hipoteca por diez mil colones, entonces no revoco el legado, lo lego con los diez mil colones que obtuve prestados sobre la cosa. Por eso dijo la Comisión de 1902, esto no se acomoda con lo que se ha dicho allá en el 1102 C. ni con el Art. 1247 C., y da lugar a confusión; y en consecuencia, suprimió este inciso 3º del Art. 1112 C. dando estas razones: “la disposición de este inciso es innecesaria, pues es sabido que la prenda y la hipoteca gravan las cosas hipotecadas o empeñadas, aún cuando su dominio pase a un tercero. Además existe la disposición del Art. 1247 C., en que se prevé el caso de que el legatario pague una deuda hereditaria en virtud de una hipoteca o de prenda, constituida sobre la especie legada, de modo que el inciso a que se refiere la reforma propuesta, queda sin objeto y más bien puede servir para suscitar dudas sobre la verdadera intención del legislador”, (1) El inciso decía: “Pero lo grava con la prenda o hipoteca”. Allí lo que estaba queriendo decir, era que lo grava con la caución, pero no lo grava con la obligación principal. La Comisión dijo: ¿Y para qué? si no hay necesidad de decirlo, suprimiendo el inciso de referencia. (2)

En el Art. 1103 C., hay un principio interesante. En primer lugar debemos recordar que nuestra Constitución Política reconoce el libre tráfico económico, es decir, la libre disposición de los bienes. Se admitió o estableció genéricamente desde las Constituciones anteriores al suprimir las vinculaciones, que eran aquellas instituciones que permitían la permanencia de la propiedad en una sola mano, en forma continua o ininterrumpida de una sola familia, en un orden establecido de la propiedad, no pudiendo salir a manos extrañas. Habían aquellos famosos “mayorazgos”, “fideicomisos perpetuos”. De tal manera que las propiedades permanecían por siglos en manos de una sola estirpe. Ese tipo de instituciones al desaparecer se estableció el principio de la libre disposición de los bienes. Entonces al leer la disposición surge la pregunta: siendo que existe el principio de libre disposición de los bienes ¿será lícito poner en un testamento que se lega una cosa con calidad de no enajenarla? aunque se ordene testamentariamente no produce efecto, puesto que se tendrá por no escrita, salvo que al enajenar se comprometiére un derecho o los derechos de terceros. En este caso, el propósito del legislador es evidente. Por ejemplo: Si X establece una asignación modal en la cual destina una cosa a un fin y pone una cláusula de no enajenar la cosa, para que precisamente “se pueda cumplir el fin”, entonces

---

(1) (2) Dr. Rafael Ignacio Funes. Apuntes de clase sobre Derecho Sucesorio. 1967.

se estarían comprometiendo los derechos del beneficiario modal, porque el asignatario podría, de no existir tal cláusula hacerlo, comprometiendo en consecuencia los derechos del beneficiario del modo. Sin embargo es raro, lo que se establece en las donaciones entre vivos, en éstas habla de la condición de no enajenar y se admite como válida, sin hacer limitación ninguna: el Art. 1303 N° 1 C. da a entender, “que la cláusula de no enajenar vale”, pero en virtud del principio de libre disposición, ha sido discutida y hay gran cantidad de inscripciones de propiedades en los Registros del país, de inmuebles enajenados, no obstante la disposición señalada. Talvez lo más aceptable sería, que la condición de no enajenar, no fuera de modo absoluto porque sería como establecer una especie de vinculación. Podría admitirse como válida, con la limitación de un corto espacio de tiempo, que sería un poco difícil determinar porque la prescripción más larga es de treinta años. Decir que no enajene la propiedad una persona durante treinta años, es casi pedirle que nunca la enajene. Algunos comentaristas dicen que la cláusula de no enajenar vale durante el tiempo más largo que la ley permita y en ese caso, una vez transcurrido ese tiempo, el asignatario podría enajenar la cosa legada. En realidad, aquí ha habido duda sobre ésto que comentamos de las donaciones entre vivos.

Una cláusula que diga: “les dejo a mis menores hijos tal cosa y prohíbo que se enajene, mientras permanezcan en estado de minoridad”, es perfectamente legítima, porque es una condición que no es contraria al orden público, que tiene por fin proteger a los menores de que les disipen sus bienes, ya sea el tutor o su representante legal, que es cosa bien evidente. Aun en las cuestiones de orden público hay cosas que se deben interpretar bien, como en el caso de la condición testamentaria de que no se case el asignatario antes de que cumpla su mayoría de edad. Condición que es válida, aunque civilmente no encontramos el asidero legal en ningún artículo. Aquí en los legados no hay problema, porque se tendrá por no escrita la cláusula de no enajenar, si ésta no comprometiére ningún derecho de tercero. El derecho de tercero será una cuestión de hecho que habrá que apreciar en cada caso concreto. La Constitución Política prohíbe toda clase de vinculaciones, excepto el bien de familia, por eso es que el IVU, da las casas en arrendamiento con promesa de venta, con el vínculo del bien de familia de veinte años, en cuyo tiempo las casas no se pueden enajenar y esto es por razón de beneficio público. En nuestro Código Civil el Art. 1810 C., prohíbe todas las vinculaciones respondiendo así al principio constitucional.

## SEPTIMA PARTE

### EL LEGADO DE CREDITO. EL LEGADO DE LIBERACION. EL LEGADO DE DEUDA

#### A—) LEGADO DE CREDITO

Las cosas pueden ser corporales o incorporales. Se pueden, por consiguiente, tener derechos, y acciones. Los derechos pueden ser reales o personales. Se puede legar un derecho propio o un derecho que esté en el patrimonio del asignatario obligado a entregarlo. Se puede legar el usufructo de una finca a la esposa mientras viva. Estas son fórmulas muy corrientes empleadas por los esposos para proteger a los hijos, pues a éstos les queda la nuda propiedad, precaviendo impedir que la viuda al casarse nuevamente le dé las propiedades al nuevo marido o que éste las dilapide y queden los hijos sin nada. Al respecto la ley permite, en primer lugar, desmembrar la propiedad y asignar los derechos reales a favor de determinados legatarios. Eso se llama desmembramiento de la propiedad aunque tales derechos reales tienen una participación en el pago del impuesto sucesoral correspondiente en la asignación. Pueden legarse las cosas incorporales, como los derechos de crédito que son los que se pueden exigir a determinadas personas que por la ley o por la convención, están sujetas a este tipo de obligaciones, según el Art. 567 Inc. 3º C. Derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin referencia a determinada persona. Son derechos reales: el dominio, la herencia, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres activas, la prenda o hipoteca. Los derechos personales son los que se pueden reclamar a ciertas personas por un hecho suyo, allí estaría el contrato, cuasicontrato, el delito y cuasidelito; o por disposición de la ley, ya que están sujetos a las obligaciones corre-

lativas. Casos típicos de disposición de la ley, son las obligaciones alimenticias. En las obligaciones alimenticias su fuente es la ley, pero es una obligación personalísima, por eso es que nadie puede legar su cuota alimenticia, porque la propia ley dice que se extingue el derecho de cobrar la cuota alimenticia por muerte del alimentario; en cambio sí son derechos personales los que provienen de un contrato, como por ejemplo: si alguien debe a X, en virtud de un mutuo o alguien debe a X porque éste le ha hecho un depósito, todos éstos son derechos personales que tiene X y en virtud de los cuales les puede cobrar a los deudores. Estos derechos pueden ser objetos de legado, también las acciones tal como aparece en el Art. 1104 C.

“Acción”, dice nuestro Código de Procedimientos Civiles, es el medio legal de pedir en juicio lo que se nos debe”. Actualmente, según los procesalistas, el concepto ha sido superado con la llamada Teoría del Derecho Autónomo de la Acción: puede no tenerse el derecho y sin embargo se tiene la acción, para mover al organismo jurisdiccional, aunque al final se fracase. No obstante que no se tenía el derecho, se tuvo la acción. Aquí, en esta disposición se está pensando en lo que es la acción que aparece en el Art. 124 del Código de Procedimientos Civiles. Un derecho puede legarse aún cuando ya se éste demandando; puede legarse una acción reivindicatoria. Dice la ley en el Art. 1104 C., que “pueden” legarse no sólo las cosas corporales, sino los “derechos y acciones”, con los que está acorde con el principio general de la transmisión hereditaria, pues está recae sobre todas las cosas, bienes, derechos y acciones transmisibles. Entonces la única limitación que esto tiene y que debe hacerse constar, son aquéllos derechos que no sean transmisibles, como un usufructo que no ha sido constituido a título oneroso ni por tiempo determinado. En este caso, el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario y por eso no puede legarse. Cualquiera puede ordenar que se compre un usufructo al momento de su muerte, para legárselo a otro, como legado de cosa ajena, pero no como cosa perteneciente al testador, puesto que la muerte trae consigo la extinción del derecho de usufructo. Entonces pueden legarse no sólo las cosas corporales, sino que los derechos y acciones. El Inc. 2º del Art. 1104 C., está hablando del caso de los derechos personales, que igualmente se identifican con el documento que los contiene. Esta disposición viene del Derecho Romano y Las Partidas. La regla es que quien lega un título, lega el crédito y así lo dice Don Andrés Bello. Esta disposición, es copia fiel de Pomponio, que decía, resumiendo, se puede legar toda clase de cosas corporales, los derechos y las acciones (1) “*Heres in omne jus mortui non tantum singulorum rerum dominium succedit; cum et ea quae in nominibus sunt ad heredem transeant*”. Se pueden identificar una gran cantidad de derechos no diciendo el crédito en sí, sino el documento que los contiene; puede decir X: “le lego el documento que está en mi caja de hierro de mi casa de habitación, a cargo de Miguel”. El legatario allí en la caja de hierro encontrará dicho documento. En este caso la ley identifica, en el pensamiento del testador precisamente, la cosa con lo que es su signo representativo que es el título. Aquí “título”, está tomado en el sentido de documento, pues jurídicamente, la palabra “título”, tiene su sentido más amplio: es “la causa remota de la adquisición de la cosa”. Así por ejemplo, en la adquisición del dominio de una cosa, se le llama “título” a la compraventa, a la donación o a la permuta, al contrario del modo, que sería la tradición. Cuando dice el Art. 1104 C. en el inciso segundo, “se entenderá” que se lega el crédito, hay una presunción bien lógica, porque la ley identifica la cosa con lo que es su signo representativo, que es el título, pues aquí es tomado como documento.

El tercer inciso de esta disposición merece una observación. Aquí la expresión pareciera decir que si X lega un crédito y el crédito empieza a devengar intereses y X no los ha cobrado aun estando vencidos y en ese interí muere, ese crédito desde luego sigue devengando intereses. Entonces existen los anteriores y los posteriores a la muerte. Respecto a los anteriores a la muerte del testador, si no fueron cobrados por éste, no le pertenecen al legatario, se sostiene, porque ya habían ingresado por aparte en el patrimonio del testador, es decir, que habían salido del legado; entonces, tendría que entenderse que el legado de ese crédito comprendería los intereses del legado desde la muerte del testador en adelante, hasta el momento en que se le hiciera la tradición del legado por el heredero al legatario. Si fuese así, quizás la regla no necesitaría existir, porque en el legado de especie o cuerpo cierto, el legatario tiene derecho a los frutos producidos por la cosa desde el momento mismo de la muerte del testador; los efectos de la aceptación del legado de cosa cierta, se retrotraen al momento de la delación o sea al momento de la muerte del testador o cuando se cumple la condición, si la asig-

(1) EUGENE POTHIER—Tratado Elemental de Derecho Romano—Pág. 512—Editora Nacional. Edinal de R. L.—México, D. F.

nación es condicional. Lógicamente lo que aquí da a entender es lo contrario, porque dice: "Pero no subsiste sino en la parte del crédito o de los intereses que no hubiere recibido el testador", con lo cual está significando que los devengados antes y que el testador no recibió, quedan comprendidos en los legados y no se divide el crédito, en el sentido de que los intereses anteriores a la muerte del testador serían del heredero y los intereses posteriores a la muerte del testador serían del legatario.

La regla final nos está indicando que en la única parte en que subsiste el legado, es en la parte capital e intereses que el testador no hubiere recibido en vida. Por eso se admite con respecto al legado una especie de condición revocatoria, es decir que el legado se revoca en la parte de capital e intereses que el testador hubiere recibido. La ley no distingue si el testador lo ha cobrado forzosamente o si ha recibido un simple pago voluntario. Basta con que haya recibido el pago para que se entienda que hubo voluntad revocatoria. En el antiguo Derecho Español, según los tratadistas, la regla era diferente, porque cuando el cobro era forzoso significaba una voluntad revocatoria de parte del testador, pero si el pago lo recibía el testador voluntariamente, esa voluntad revocatoria no era tan manifiesta. En el Derecho Español entendían que subsistía el legado porque decía lo siguiente: "en caso de pago parcial, basta la recepción aunque él no haya recibido el pago". El Derecho Español decía pues, que en este caso subsiste el legado, porque la intención fue guardarlo para el legatario, ya que recibía el pago voluntariamente cuando ya había hecho el legado. Entendían que era el dinero el que le iba dar al legatario, si le pagaban el crédito al testador en vida. La regla nuestra es absoluta, pues nos dice que pueden legarse no sólo las cosas corporales, sino que "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". (Art. 1104 Inc. 3º C.). Los intereses son accesorios. La interpretación nuestra es más racional, es lógico que el legado subsiste en el crédito o en la parte de éste o en aquellos intereses que no hubiera recibido el testador.

#### B—) LEGADO DE LIBERACION

El legado de liberación o condonación se encuentra en los Arts. 1105 C., 1106 C. y 1107 C.

La condonación es una forma de extinción de las obligaciones. Esa forma de extinción de las obligaciones está reglada por el Código, con el nombre de "remisión". En los Arts. Nos. 1523 C. y 1524 C. Aquí pues, tenemos el caso en que se remite una deuda. Es necesario que la condonación conlleve efectivamente el objeto de condonar una deuda que el asignatario tenga con el propio testador, u ordenar el testador que se libere al legatario de una deuda que tiene con el heredero o para con un tercero, en este último caso el testador podría decir: "Ordeno que mi heredero cancele la deuda que Juan tiene con Miguel". En cuyo caso sería un legado como el de dinero. Aquí nuestra ley regula expresamente el caso cuando le debe algo una persona al testador. Es un requisito la existencia de la deuda y comprende esa expresión "deuda", tanto las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Puede entonces el testador liberar al deudor de cualquiera de estas clases de obligaciones por medio de un legado de condonación o remisión de la deuda u obligación, siendo necesario que la deuda exista al momento de deferirse el legado.

En el Derecho Antiguo, según los tratadistas, cuando al momento de deferirse el legado, había dejado de existir la deuda, se mantenía el legado si el testador había recibido el pago porque consideraban que si el testador había recibido el pago lo había hecho con el propósito de guardarlo para el legatario. Es claro, que la ley señala como caso de revocación de la condonación, aquel hecho que revele un cambio en la voluntad de condonar. Como cuando por ejemplo el propio testador exige el pago de lo que había condonado en el testamento. Esto es evidentemente una voluntad revocatoria.

La ley en el Art. 1105 C., empieza por considerar el caso de alguna cosa que le ha sido empeñada al testador en garantía de la obligación y aplica un criterio semejante de aquel que cuando una cosa se lega teniendo una carga real y si la carga real consiste en una hipoteca o una prenda, eso no significa de que el legatario tenga que pagarla, porque el heredero es el obligado. Eso es, porque la prenda y la hipoteca son una cosa accesoria. Si la cosa legada es gravada con prenda o con hipoteca nada tiene que ver con lo principal. Puede suceder que el testador reciba una cosa en prenda de

parte de su deudor y el testador le lega la cosa. Esta cosa estaba en manos del testador al momento de su muerte, porque precisamente es la cosa empeñada y la prenda supone la entrega de la cosa. Esa cosa legada por el testador que la tenía en prenda, es un derecho limitado, puesto que no es suya. No es legado de cosa ajena, porque se la está legando al mismo que es dueño de la cosa. Si le lega la cosa que tiene empeñada, lo que está queriendo significar el testador es que la cosa no permanezca en poder de su heredero, sino que vuelva a manos del deudor que se la había entregado en garantía de la obligación. Eso es evidente.

¿Al devolver el testador la prenda significa condonación de la deuda?. Como la prenda es accesorio, no tiene que ver con lo principal. Si el testador le hubiera condonado la deuda, indiscutiblemente la prenda hubiera desaparecido, porque no puede existir prenda sobre una obligación que se extinguió por la condonación. Es decir, la muerte de lo principal se lleva consigo la muerte de lo accesorio. Al legarse la cosa empeñada no se quiso hacer referencia a la cosa principal o sea a la deuda caucionada o garantizada con aquélla cosa, lo único que quiso fue cederle o legarle el derecho que el testador tenía en la cosa que el deudor le había dado en prenda. Esto se acomoda al Art. 1088 C. Esta disposición tiene el propósito claro de que no se interprete la voluntad del testador más allá de su justo limite y por consiguiente ha establecido ese criterio especial.

El Art. 1106 C., a la letra dice: “si el testador condona en el testamento una deuda, y después demanda judicialmente al deudor, o acepta el pago que se le ofrece no podrá el deudor aprovecharse de la condonación; pero si se pagó sin noticia o consentimiento del testador, podrá el legatario reclamar lo pagado”.

El Art. anterior se refiere al caso de pago sin noticia del acreedor, con consentimiento y aún sin consentimiento de dicho acreedor. Puede aún hacerse el pago no por el deudor, estableciendo en algunos casos la subrogación en los derechos del acreedor y en otros casos simplemente, el derecho de recobrar en lo que se hubiere enriquecido el deudor a quien se le pagó su deuda. El Art. 1106 C., está significando que un elemento esencial de este legado es la existencia de la deuda al momento de deferirse el legado. Es decir, que si al momento de deferirse el legado la cosa ya no existía, porque la deuda fue cobrada o, porque más bien dicho, se admitió el pago voluntario, entonces ha desaparecido el objeto y al desaparecer el objeto, la ley estima que hay una voluntad revocatoria. Deja de existir aquello sobre lo cual va a recaer precisamente la asignación. En Las Partidas, en caso de pago voluntario se mantenía el legado, porque consideraba que el testador lo que hacía, era guardar el pago para el legatario que había sido deudor del mismo testador. Las Partidas consideraba el caso así: si el legatario sin noticia de que el testador le ha condonado la deuda, le paga y el testador recibe el pago que voluntariamente le hace, se consideraba como que si el testador no le quiso contar que en el testamento le había legado esa deuda; entonces se tenía como que si le hubiese estado guardando el dinero, para después, cuando se abriera el testamento darse cuenta que se había condonado la deuda. Entonces el legatario pedía que se le restituyera el dinero. Sin embargo, nosotros tenemos un caso de excepción únicamente, no cuando él recibe el pago voluntario, sino que lo hemos limitado cuando dice: “pero si se pagó sin noticia o consentimiento del testador, podrá el legatario reclamar lo pagado”. La frase: “sin noticia o consentimiento” comprende el caso aún contra la voluntad del testador, sin su consentimiento. En estos casos en realidad, no existe revocación, porque la revocación la ley la presume partiendo de un hecho del testador. Supongamos que el testador está en el extranjero y ha condonado la deuda en su testamento y entonces el deudor le hace el pago al mandatario del testador o al apoderado que ha dejado aquí no dándose cuenta el testador de ese pago, en este caso indiscutiblemente no hay voluntad revocatoria, habría que devolver al deudor lo que pagó en virtud de la deuda. Eso es lo que ha querido decir la ley. La ley dice que reclamará lo pagado, es decir la cantidad que el deudor (legatario) hubiera pagado, ya sea parcial o total. Si es parcial, lógicamente sobre el resto de la deuda opera el legado y operaría la condonación. Esta es una especie de restitución, como si el legatario hubiere pagado algo no debido. En realidad el deudor (legatario), había pagado lo debido, porque la disposición testamentaria no iba a surtir efecto, sino hasta la muerte del testador. La disposición testamentaria pudo haber sido perfectamente revocable por el testador antes de morir.

El Art. 1107 C., a la letra dice: “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”.

El legado aquí puede referirse a una o muchas deudas determinadas o a todo lo que se deba al causante pero a la fecha en que éste otorgó el testamento y no se toma en cuenta, es decir no entra en el legado de condonación lo que el legatario le debía al causante después del testamento. Este es un legado genérico, pues dice que el causante lega sin determinar suma. Tendría que decir: "lego a Juan lo que me debe". Podría el legatario considerar, por la forma del legado, que es toda la deuda, incluyendo lo que él debe al causante después de otorgado el testamento; sin embargo esto último no se comprende, en el legado, pues solamente son contempladas aquellas deudas existentes hasta el momento del otorgamiento del testamento y no aquellas que contrajo el legatario desde el otorgamiento del testamento a la muerte del testador. Las deudas posteriores al otorgamiento del testamento, contraídas por el legatario a favor del testador, no quedan comprendidas en la condonación, sino solamente las existentes al momento del testamento. El testador no extiende su voluntad más allá de donde la quiso expresar. Si el legatario paga al testador deudas posteriores al otorgamiento del testamento, *paga lo que debe* y si paga al testador forzosa o voluntariamente deudas anteriores al otorgamiento del testamento y el testador acepta el pago, se considera que el testador está revocando la condonación.

Aquí la ley ha querido que el testador no extienda su voluntad más allá de los límites de los elementos de juicio que tuvo al momento de testar. El Art. 1107 C., dice: "lo que debe", es presente, es esa fecha: no dice "lo que deberá", porque eso no se sabe si existirá o no. Si el testador substituyó deudas que el legatario tenía con él antes del testamento mediante otros documentos, después del testamento, estas deudas no entran en el legado. Lo condonado desapareció en virtud de haber desaparecido aquella deuda que había antes del testamento, pues se substituyó por un nuevo documento y se canceló aquella deuda teniendo el nuevo documento fecha posterior al otorgamiento del testamento. Si hubiera una extinción de la deuda anterior al testamento novándola por ejemplo, aunque fuera en el objeto, ya no vale la condonación, porque esta valía para las deudas que existían al momento del otorgamiento del testamento.

En el Art. 1106 C., cuando dice: "demanda judicialmente" es un caso evidentísimo de voluntad de revocar, porque al demandar el testador al legatario para que le pague judicialmente, está demostrando a las claras que desea revocar la condonación de la deuda, y no hay duda de la voluntad revocatoria. Debemos entender en su sentido cabal la expresión "y después demanda judicialmente al deudor". En primer lugar, debe demandarlo, en segundo lugar debe ser la demanda judicial. Por ejemplo: si Juan le debe a Pedro y éste se va a la Fiscalía y pide que citen a Juan, porque desea que le pague por las buenas y llega Juan y dice que sí, que pagará en tal forma y resulta que aparece en el testamento que Pedro le condona expresamente la deuda, alega entonces el heredero que el causante expresó su voluntad revocatoria cuando mandó a citar en la Fiscalía a Juan para que le pagara a las buenas. Se le diría al heredero que no hubo voluntad revocatoria, porque según el Art. 1106 C., "demandar judicialmente" consiste en comparecer ante un Tribunal competente, haciendo la reclamación y lo que no se verifica ante un Tribunal competente, es extrajudicial. La demanda tiene una connotación propia en nuestro Código de Procedimientos Civiles, en el Art. 191. Si por ejemplo: Pedro le ha condonado una deuda a Juan por medio del testamento, pero quiere que le pague en vida estando fundamentada la deuda en documento privado y acude al Juez a que Juan reconozca su firma, citando a Juan y en ese interí Pedro muere, la condonación vale, porque no hubo demanda, sino que un acto previo al juicio ejecutivo, en el cual Pedro tenía que demandar el pago de la deuda. Y prevalece lo estipulado en el testamento por Pedro.

### C—) LEGADO DE DEUDA

En el Art. 1108 C., se pueden dar estos tres casos:

1) Pago al acreedor de lo que le debe el testador: un testador debe algo a alguien y hace un legado por la suma equivalente a lo debido o hace el legado sin hacer referencia a la deuda que tiene para con él;

2) Puede comprender el legado el pago de una deuda que debe el asignatario a un tercero, es decir, ordenar el causante que se le dé al acreedor lo que le debe un asignatario determinado y;

3) Puede comprender el pago al acreedor lo que debe una tercera persona.

Generalmente en estos casos, el problema que se plantea fundamentalmente es si al hacer un legado, al acreedor se le debe la deuda o si se le debe solamente el legado. Hay una especie de opción, como por ejemplo cuando se ordena que se le pague al acreedor algo. Al respecto dicen los comentaristas que hay veces se ve el doble aspecto: pago del legado y pago de la deuda al acreedor.

Supongamos que un testador dice: "le debo a Juan diez mil colones y le lego una casa situada en tal parte". Luego Juan dice: "primero quiero que me paguen la deuda del causante, porque es una deuda hereditaria y después, me entreguen la casa que el causante me legó". Pero podría suceder que Pedro le debiera a Juan cien colones y que le legue cien colones y que en las disposiciones del testamento, Pedro haya querido que se le paguen los cien colones aparte, con el legado que le deja. Si Pedro es el que debe los cien colones, podría volverse casi inoperante el legado, porque lo único que apareciera sería la ventaja del reconocimiento de la deuda de parte de Pedro. Si en este caso Juan no tuviere más que un principio de prueba por escrito y Pedro reconociera la deuda testamentaria o si la deuda hubiere estado amparada por documentos ejecutivo, aunque no dejara Pedro en el testamento la cantidad para pagarle a Juan, en forma de legado, siempre los herederos pagarían voluntaria o forzosamente.

Si el testador por medio de un legado impone la obligación al heredero de que pague lo que Juan debe a Miguel; éste tendría una opción, porque podría cobrarle al asignatario lo que Juan le debe. Resulta que Juan es deudor de Miguel, pero en virtud del testamento le nace el derecho a éste de cobrarle a la sucesión lo que a Miguel debe, es decir que puede opcionalmente cobrarle a Juan o cobrarle a la sucesión que asume la carga, aunque Miguel que es el que cobra, no sea beneficiado por el legado, ya que el heredero le paga, lo que Juan le debía, pues el beneficio es para Juan.

Respecto al Art. 1109 C., doctrinariamente se ha discutido si se paga lo que no se debe, porque puede darse el caso que el testador mande que se pague lo que él no debe; o cuando debe menos de lo que ordena que se pague, en cuyos casos, nuestra ley ha establecido el principio de que el legado desaparece total o parcialmente. Es decir, si Pedro ordena por medio del testamento que se pague, lo que cree que debe y no lo debe, no hay legado. El antiguo Derecho Español decía: "o si debe menos", sólo se pagará la cantidad debida. En el Derecho Español, habían dos reglas en cierto modo caprichosas. Decían que si el testador mandaba a pagar lo que creía deber, el legado valía, porque parecía que era un legado disfrazado; en cambio cuando ordenaba pagar más de lo que efectivamente debía, sólo se pagaba lo que realmente debía el testador, porque en la diferencia no había causa. Esto era caprichoso, porque también podían haber dicho que todo valía, ya que el testador quería disfrazar la diferencia y pagar lo que efectivamente debía; ya que en el primer caso, le daban validez al pago de una deuda que creía tener el testador y que no había, en cambio en el segundo caso, había deuda, nada más que se ordenaba el pago de una cantidad mayor que lo debido. Había una diferencia que no se debía, podría ser esa diferencia un legado disfrazado. Nuestro Código es más lógico porque parte del error. Supone que cuando manda a pagar lo que no se debe, entonces lógicamente el legado no vale, porque el objeto ha desaparecido, tanto en lo que no se debe como en el exceso del pago de una deuda; hay entonces error. Este Artículo se relaciona con los Arts. 2050 y 1272 C.

Cuando por medio de un legado se ha querido pagar una deuda, hay que considerar si se quiso pagar la deuda o si se quiso hacer un legado por separado a aquél que es el acreedor. Varias legislaciones han establecido reglas especiales y han dicho por ejemplo, que debe deducirse de las voces del testamento, cuál es la verdadera voluntad del causante: mantener el crédito y crear el legado o simplemente mantener una de las dos obligaciones. Uno de los elementos de juicio que puede servir para eso, es la igualdad de la cantidad debida, con el legado. Sin embargo, según los comentaristas, en el Código Austriaco se mantiene la regla de que la igualdad de la suma puede ser simplemente un elemento para esclarecer la duda, pero si la suma legada es igual a la suma debida, no significa que ha querido pagar el causante. Se mantiene el legado y se mantiene la deuda. Si además de eso, hay algotro elemento de juicio que pueda servir para entender que con ello quiso cancelar la obligación el causante, lógicamente el legado desaparecería, lo único que habría sería el beneficio del refuerzo que respecto a la prueba da el testamento. Lo anterior se refiere al desarrollo del Art. 1108 C., y en este caso, si el testador adjudica algo a una persona de quien es deudor, surge la duda de si el legado debe destinarse o no o debe de entenderse cosa separada de la obligación o formando una misma cosa con ella; en cuyo caso si es cosa separada, es lógico que habrían dos derechos: el derecho que nace del

crédito y el derecho que nace del legado; en cambio si aparece que la intención fue pagar la deuda con el legado, el único derecho que le nace al acreedor, o sea al legatario, es que tiene la opción de cobrar, en este caso, de acuerdo con las voces del testamento. Por eso dice la ley, que lo que se lega a un acreedor no se entenderá que es a cuenta de su crédito, sino se expresa, o si por las circunstancias no apareciere claramente que la intención del testador, es pagar la deuda con el legado (Art. 1108 inc. 1º C.). Es evidente que si el testador dice: "le lego tal cosa, pero con esto queda cancelada la deuda que con el acreedor adquiri en tal oportunidad". Allí habría una manifestación expresa de que queda extinguida la deuda. Es lógico que el legatario no está obligado a aceptar las voces del testamento; si él quisiera reclamar conforme tiene su crédito, puede hacerlo. Ejemplo: Pedro lega a Miguel una casa para que se haga pago de una deuda de veinte mil colones, y la casa vale quince mil colones, aquí Miguel puede no aceptar el legado en pago de la deuda y cobrar el crédito a la sucesión. Si el testador expresa pues que el legado es para pagar una deuda, entonces es patente que el legatario no tiene los dos derechos: el de hacerse pagar el legado y el de cobrar la deuda. También, si aparece claramente que la intención del testador es pagar la deuda con el legado, lógicamente se podría reclamar el legado para hacerse pago de la deuda. Cuando dice: "o si por las circunstancias no apareciere claramente", esto se refiere a las voces del testamento, porque éstas nos dirán cuál fue la intención del testador.

En el inciso 2º del Art. 1108 C., el derecho que le nace al legatario es la opción que tiene para reclamar conforme a uno u otro de los instrumentos: ya sea por el testamento o por el documento en que consta el crédito o de la prueba que el acreedor tuviere. Puede ser que para el legatario sea mejor hacer uso del legado, si por ejemplo, en el testamento el causante reconoce un interés y en el documento no lo dice, pues en este caso no sólo cobra el capital, sino que también los réditos. El legado no obliga necesariamente a atenerse a él, puesto que el acreedor tiene un derecho que le nace de un instrumento, por consiguiente, el legado no puede destruir ese derecho del tercero, aunque éste se convierta en legatario por el pago de la deuda que se hace en el testamento, porque no pierde la calidad de un tercero: acreedor en este caso. Puede repudiar el legado y hacer valer su derecho conforme consta en el documento. Es bien claro, que el beneficio del legado se reduce a la opción de cobrar, de acuerdo con uno u otro instrumento comprobatorio de la obligación.

El Art. 1109 C., inc. 2º habla de donación. La donación no se presume, es necesario que aparezca la intención de donar. Si Juan debía una cantidad y manda a pagar más, entonces, sólo que aparezca manifiestamente la intención de donar, será éste un legado. Por ejemplo: si el testador dice que ordena que se le den a Juan diez mil colones, de los cuales le paga siete mil a Juan por tal obra y le dona el resto porque quedó satisfecho de la obra, aparece claro que el testador quiere hacer un legado con la diferencia. En el primer inciso de este Artículo, importa una modificación al Derecho Antiguo, en éste se consideraba que al pagar lo que se creía que se debía, lo que el testador estaba haciendo con eso, era disfrazar el legado y valía, según el Derecho Romano y Las Partidas. En el primer inciso del Art. 1109 C., la ley está significando que el testador ha cometido un error; él cree que debía y no debía. Supongamos que la obligación se había extinguido por cualquier otro motivo y él ordena que se pague al formular su testamento, deuda que a ese momento, ya no debía. Aquí en realidad, hay un vicio del consentimiento que anula la disposición, por lo tanto se tiene por no escrita. El error puede ser en la totalidad o en una parte de la obligación, y en uno y otro caso el legado no vale, porque cuando el error es parcial, no vale en la diferencia, es decir, en la parte que el error afecta a la asignación. En este último caso, en el Derecho Antiguo, respecto al exceso, decían que no se debía por falta de causa. Se contradecían, como se ha dicho antes, porque también ese exceso podría ser un disfraz para donarlo en forma de legado o sea, por el pago de una deuda. Aquí se fundamenta la ley en el error; en cambio en el siguiente Artículo (1110 C.), no hay fundamentación en el error, sino que efectivamente el testador confiesa una deuda en el testamento, simulándola con el fin de hacer un legado. En el Art. 1109 C., el testador no quería simular una deuda, la deuda pudo haber existido, pero en el instante de la muerte del causante ya había desaparecido y se prueba de que él se equivocó; pero en casos como en los del Art. 1110 C., en que el testador confiesa con toda claridad que tiene una obligación de la cual no hay ni un principio de prueba por escrito, no lo hace por error, sino intencionalmente simula, es un fingimiento, es un disfraz de contrato oneroso y declara el testador que en tal fecha recibió él, en calidad de mutuo, una suma de dinero; resulta que este Don Fulano, no tiene en su poder ningún documento que acredite su derecho, ni siquiera un principio de prueba por escrito (Art. 1582 C.), que podría ser una carta. La prueba testimonial es ineficaz para probar deudas cuyo valor exceda de doscientos

colones. Podría suceder que X es acreedor y quiere probarlo y tiene pruebas, pero ninguna de ellas es escrita, pero tiene una carta del deudor que es el causante, contestando el requerimiento que X le hizo, para que le pagara. En este caso, dice el legislador, es evidente que el testador le debe a X y entonces hace verosímil el hecho litigioso. La consideración de ese principio de prueba por escrito, quedará al arbitrio del Juez. La verosimilitud del hecho litigioso, se verá en el papel que se presente como principio de prueba por escrito. La ley en este caso estima que las deudas así confesadas, sin principio de prueba por escrito son verdaderos legados gratuitos y los estimó así, con un criterio lógico de protección, para los acreedores de la sucesión. De lo contrario resultaría que aquellos acreedores que no tienen derecho a un pago preferente, o a un privilegio para cubrir sus créditos, se verían burlados si el testador deja un patrimonio de cien mil colones debiéndoles a sus acreedores igual cantidad. El testador puede decir: ¿Cómo hago para dejarles algo a mi gente? Claro que lo podría hacer por medio aun de documentos por separado, pero como no quisiera declarar sus deudas en vida, porque generalmente a la gente no le gusta declarar obligaciones que se tengan como ciertas, ya que en un momento dado se pueden volver contra él, entonces precisará del testamento y allí se declarará que le debe cien mil colones a un pariente, cien mil colones a otros y así aparecen cantidad de acreedores que son familiares del testador o incapaces. En estos casos, cuando los verdaderos acreedores quisieran hacer efectivos sus derechos, se encontrarán con una gran cantidad de falsos acreedores y tendrían que repartirse a prorrata las deudas. Por eso es que la ley aquí no ha permitido que en el testamento nazcan esa clase de acreedores que puedan competir con los verdaderos acreedores; por lo tanto, todas las deudas que nacen en el testamento y que son declaradas por el testador, son verdaderos legados gratuitos, ya que no hay prueba de ellos y por consiguiente, se pagarán hasta que se hayan pagado las deudas hereditarias; en cambio, si fueran verdaderas deudas, serían legados privilegiados, porque se podrían cobrar anticipadamente. La ley ha querido evitar tal competencia con un criterio de equidad, con un criterio de justicia. Claro que el testador, antes de morir, puede otorgar documentos a todos sus parientes, a su médico, a los testigos, etc. no previendo la ley ningún remedio en contra, teniendo los verdaderos acreedores que aguantarse. El único que no lo aguanta es el Fisco, porque éste ha llegado a otra conclusión más: las deudas son deducibles del activo sobre el saldo, se traba y se cobra el impuesto, pues el Fisco hace una cosa: en primer lugar, sólo admite la deducción de las deudas, los legados gratuitos no los admite como deducción; además ordena que las deudas a favor de la esposa, de los hijos, de los padres, ascendientes, descendientes y de los hermanos, no se pueden deducir, porque las estima como si fueran simuladas, y por consiguiente aunque los derechos sean hipotecarios y aunque estén inscritos, no se pueden deducir; el impuesto sucesoral les cae a esos parientes acreedores. El Fisco pues, se ha puesto a cubierto más allá de lo que ordena esta disposición, por eso dice: "Que se tendrán por legados gratuitos y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 1045 C.". Es decir, que están sujetos a la acción en subsidio contra los legatarios, según dice el Art. 1083 C., inciso 2º, demás dice: "y deducciones", con lo que quiere decir que, de lo que sobra después de pagar las deudas hereditarias, se pagarán los legados y si no ajusta, entonces se reducirán proporcionalmente, atendiendo aquello de que algunos legados son privilegiados, como son los de donación revocable o legados anticipados; es decir, aquéllos por los cuales se da el goce al legatario anticipadamente. Dice además el Art. 1110 C. "sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1045 C.", porque en este Artículo señala el caso de que estas deudas así confesadas a favor del Notario, de los testigos, no se pueden exigir porque es un caso especial de incapacidad para suceder. Estos créditos dice la ley, son verdaderos legados gratuitos, y por lo tanto son incapaces los acreedores testamentarios. Si estos créditos además de que constan en el testamento, constaran en otros instrumentos, valen, aunque según el Art. 1045 C., sean incapaces. El Art. 110 C. se refiere cuando el testador lo declara en el testamento y no hay prueba escrita. Este Artículo se relaciona con los Artículos 966 y 967 C.

tución de la parte que no hubiere sido devengada por el alimentario, por haber muerto, digamos, a medio mes. La ley dice: que los alimentos se deben desde la notificación de la demanda y se pagarán por mensualidades anticipadas; no se podrán pedir los correspondientes alimentos al tiempo anterior, tampoco se podrá pedir la restitución de aquella parte que el alimentario no hubiere devengado de las anticipaciones, por haber fallecido. Estas son reglas generales de los alimentos legales, que están reguladas en el capítulo especial que trata de los alimentos.

Nuestra ley contempla un caso especial, es el de los alimentos voluntarios, los cuales se pueden prestar por actos entre vivos o por un acto de disposición testamentaria. Se puede tener derecho a éllo porque alguien se hubiere comprometido a pagarlos en vida o porque en el testamento se legan alimentos. Por ejemplo, en vida, una de las formas características de constitución de los alimentos es la renta vitalicia. Se puede constituir una renta vitalicia con carácter alimenticio y si esa renta vitalicia se constituye en forma no onerosa, es decir, que el que se obliga a pagar la renta no recibe nada a cambio de élla, se reglará por las disposiciones de las rentas vitalicias contenidas en el Libro Cuarto del Código Civil. Si a cambio de esa renta vitalicia no se hubiere dado nada, entonces es una verdadera donación y se regula por las disposiciones de las donaciones. Vemos pues, que los alimentos pueden proveerse por medio de un contrato de renta vitalicia, que cuando es oneroso, es un contrato aleatorio, puesto que contiene una contingencia incierta de ganancia o pérdida, pero cuando es a título gratuito, ya la propia renta vitalicia en el artículo 2034 C., dice: "que cuando se constituye una renta vitalicia gratuitamente, no hay contrato aleatorio, se sujetará por tanto a la regla de las donaciones y legados sin perjuicio de regirse por los artículos precedentes en cuanto le fueren aplicables". Este Art. se relaciona con el Art. 1111 C.

En el caso de legados de alimentos, como vemos en el Art. 1111 C., comprende, el legado de educación en el inciso último. Ya vimos, pues, que en los alimentos va a veces comprendida la educación. Expresamente dice la ley, en los alimentos legales de que éstos serán congruos o necesarios, que comprende en el alimentante la obligación de proporcionarle al alimentario cuando es menor de veintidós años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio, conforme al Art. 340 inciso final C.

Pueden suceder dos hechos: que el testador haya estado en vida alimentando a una persona. No a persona a quien debe alimentos legales que se reglan conforme a las leyes, sino a una persona a quien no le debe alimentos. Eso es corrientísimo en la familia salvadoreña. Hay una gran cantidad de gentes que llevan a su casa a los que se les llama "hijos de casa", que los van creando y los van alimentando. Eso abunda, sobre todo, porque antes no existía la adopción, que daba lugar a que existiera ese tipo de relación, o sea el hijo de casa, que era alimentado, era vestido, que vivía en la casa del alimentante y que éste le proveía generalmente las demás necesidades. En este caso si el testador ordena que al hijo de casa se le paguen alimentos, debe entenderse racionalmente que se le deben dar en la misma forma en que el testador acostumbraba dárselos. Así por ejemplo, en una casa una persona puede tener a dos de distinta posición social, puede haber recogido por ejemplo, a alguien que tiene la calidad casi de sirviente y a un pariente lejano que vive con él, con la posición social del alimentante, al cual le demuestra una estimación idéntica o semejante a la que se demuestra a sus hijos o a los parientes cercanos. Entonces el testador les deja alimentos a estas dos personas. No por eso el de condición más humilde tendría derecho a decir: "bueno, a los dos nos ha dejado alimentos, así es que los dos tenemos derecho a vestirnos de casimir, a calzarnos de primera, etc.". Nó, dice la ley, aquí hay que entender esto racionalmente. Si el testador les está dejando alimentos a dos personas a quienes alimentó mientras vivió, uno se sentaba a la par de él en el comedor y comía de la misma comida de él y al otro lo trataba con cariño y con afecto, pero lo trataba como a un sirviente, lo natural es, que cuando se dijo que se le dieran alimentos a ambos, quería que se mantuviera la relación que en vida tuvo con ellos. Cabe suponer, que si cuando vivió, los apreció a los dos, pero los trató en forma distinta, mal podría dejarles alimentos bajo un tratamiento igual. Claro que entonces en estos casos, la regla de interpretación se sujeta a que el testador anticipadamente dió los elementos de juicio necesarios para que se interpretara su voluntad, por eso es que dice la disposición: "si se legaren alimentos voluntarios sin determinar su forma y cuantía, se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrarlos a la misma persona". *Forma*: significa la manera de darlos; *Cuantía*: la cantidad. Estas son cuestiones de hecho que hay necesidad de probarlas en un juicio. Pero al Juez ante el cual se presentará el demandado le dirá: "Señor Juez estos alimentos los probaré con testigos, cómo era que el testador

acostumbraba a darlos y por consiguiente, de acuerdo al Art. 1111 C., estoy decidido a darlos en la misma forma y cuantía en que los daba el causante". Entonces aquí la regla de interpretación es racional. Esto a veces, puede ser motivo de una larga disputa y a falta de esta determinación, si-gue diciendo el Art., se regularán, "tomando en consideración la necesidad del legatario, sus relaciones con el testador y la fuerza del patrimonio". Aquí hay pues tres elementos en los cuales ya se toman en cuenta circunstancias parecidas a las que vimos en los alimentos legales, en los alimentos forzosos. Nos dice que en este caso hay que determinarlos; claro está que ellos los podrían determinar convencionalmente, sin necesidad de ir a ningún juicio, porque solo se recurre a ésto, respecto de la ley, cuando se trata de una controversia entre las partes respecto a una cosa cuestionada. Pero si van ante el Juez porque no están de acuerdo en la forma o cuantía, entonces el actor debe de probar en primer lugar, su necesidad. Su necesidad mayor o menor. Pero alguna necesidad del legatario se toma en cuenta, aún cuando se demuestre que el legatario no tiene casi necesidad. El Juez le puede señalar una pequeña pensión, a pesar que se demuestre que casi no tiene necesidad o que no tiene ninguna, porque son alimentos voluntarios y en los alimentos voluntarios no opera la cuestión legal. Por ejemplo: una persona puede ser millonaria y deja un hijo rico. En el testamento, el millonario le ordena al heredero, que se le paguen cinco mil colones mensuales a su hijo, porque el testador no quiere que se rebaje el patrimonio de su hijo.

En los alimentos voluntarios, la necesidad del legatario se plantea, cuando por A o B razones el legatario en realidad lo necesita; entonces esta necesidad es un elemento de juicio, para ver si realmente este legatario tiene tales necesidades pues ha vivido siempre de acuerdo con una posición social, de tal modo, se calcula, que para satisfacer esas necesidades poco más o menos, la cuantía adecuada sería tal. Después las relaciones con el testador, porque hay que determinarlas, que si la relación del testador hacia el legatario fue la de patrón hacia sirviente, no es lo mismo que la de un pariente lejano. Las relaciones entre uno y otro sirven para determinar cual fue la intención del testador al dejar alimentos para el legatario. Por último, se ve el elemento fundamental que es la cuantía del patrimonio del causante, porque si en última instancia el causante no deja nada, pues nada se le podrá dar al legatario; si dejó muy poco, se le dará un poquito; si además hay otros legatarios, tal vez a éstos se les puede rebajar un poco de sus respectivos legados para darle al alimentario. Son cuestiones a veces muy difíciles. En realidad los juicios de alimentos son bien contro-versiales, aún en los legados en los cuales hay elementos de juicio más precisos. En el alimento voluntario, la necesidad del alimentario no es necesariamente una condición, sine qua non, para la existencia de él, por eso se complica.

El inciso 2º del Art. 1111 C., afirma el carácter personal de la pensión alimenticia, porque a pesar de que le puso plazo el testador, si el legatario muere, cesa de dársele la pensión por la muerte del legatario. Los herederos del legatario no pueden reclamar la entrega de la pensión ya que específicamente dice que cesará por la muerte del legatario, aunque acaezca antes del cumplimiento; por consiguiente, ese derecho del legatario, es un derecho personal y es intransmisible. Sería uno de los derechos que no irían dentro del patrimonio del legatario al morir éste, porque es un derecho personalísimo, que no se puede transmitir.

En el tercer inciso del Art. 1111 C., dice: "si el testador no fija el tiempo que haya de durar la contribución de alimentos, se entenderá que debe durar por toda la vida del legatario". Se convierte, en una renta vitalicia, se podría decir. Esto es de difícil cumplimiento y la ley no señala reglas que garanticen el derecho del alimentario. Pudiera suceder que al alimentario se le diga que se le dará la pensión y que el heredero disponga de los bienes y después el alimentario se vea en dificultades para cobrar la pensión al heredero.

El inciso 4º del Art. 1111 C., dice: "si se legara una pensión anual para la educación del legatario, durará hasta que cumpla veintiún años, y cesará si muere antes de cumplir esa edad". Aquí dijo: "si se legara una pensión anual", debió de haber dicho, *una pensión periódica*, porque lógicamente, si se dice: le dejo para su educación cien colones; tenemos que entender que es una pensión anual de mil doscientos colones, aplicando la regla, porque no tendría razón de ser, que en un caso durara por toda la vida y en caso de ser anual, sólo hasta los veintiún años. Aquí la razón de la alimentación de la pensión, es por el destino de ella. Estimó la ley que el legatario a los veintiún años se convierte en mayor de edad y por consiguiente ya está capacitado para defenderse de la vida. Debe verse el tiempo en que esta disposición fue legislada. Actualmente, una pensión para la

# INDICE

	<i>Pág.</i>
Palabras Preliminares .....	9
<b>PRIMERA PARTE</b>	
Conceptos Básicos .....	11
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
DE LAS ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL	
A—) Calificación de la Asignación .....	13
B—) Heredero. Conceptos .....	14
C—) Obligaciones de los Herederos .....	15
D—) Varias Clases de Herederos .....	21
E—) Responsabilidad de los Herederos Respecto a las Deudas o Cargas Testamentarias .....	23
<b>TERCERA PARTE</b>	
Diferencias Entre el Heredero y el Legatario .....	24
<b>CUARTA PARTE</b>	
DE LAS ASIGNACIONES A TITULO SINGULAR	
A—) Calificación de la Asignación .....	25
B—) El Legatario. Generalidades .....	25
C—) Responsabilidad de los Legatarios .....	25
D—) Acción de Reforma .....	26
E—) Elementos de los Legados .....	26
F—) Cosas que no Pueden Legarse .....	26
<b>QUINTA PARTE</b>	
A—) Legado de Cosa Presente y Legado de Cosa Futura .....	29
B—) Legado de Cosa Ajena .....	30
C—) Legado de una Parte, Cuota o Derecho .....	33
D—) Legado de una Especie que no se Encuentra en el Lugar en que Debía Estar .....	34
E—) Legado de Cosa Fungible .....	35
F—) Legado de Género .....	38
G—) Legado de Elección .....	39
<b>SEXTA PARTE</b>	
Otras Clases de Legados .....	41
<b>SEPTIMA PARTE</b>	
EL LEGADO DE CREDITO. EL LEGADO DE LIBERACION. EL LEGADO DE DEUDA	
A—) Legado de Crédito .....	48
B—) Legado de Liberación .....	50
C—) Legado de Deuda .....	52
<b>OCTAVA PARTE</b>	
Legado de Alimento .....	56
<b>NOVENA PARTE</b>	
Revocatoria de Legados .....	60

## B I B L I O G R A F I A

- Rafael Ignacio FUNES Apuntes de clase 1967.
- Julien BONNECASE "Elementos de Derecho Civil". Editorial José M. Cajica, Jr. 4 Norte 407, Puebla, México.
- Ramón MEZA BARROS "Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre vivos". Santiago—Chile 1959. Editorial Jurídica de Chile.
- Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA "Derecho Sucesorio". Explicaciones de clase revisadas por el profesor René Abelink. Editorial Nascimento, S. A. Santiago 1961 Chile.
- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO Editorial Labor, S. A. Barcelona — Madrid — Buenos Aires — Río de Janeiro — México — Montevideo — Reimpresión.
- Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA "Derecho de Familia". Editorial Nascimento. Santiago 1963 Chile.
- J. ARIAS RAMOS "Derecho Romano". Editorial Revista de Derecho Romano. Madrid.
- Eduardo PALLARES "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa, S. A. Av. Rep. Argentina, 15, México—1963.
- Eugene PETIT "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional. Edinal, S. de R. L. México, D. F. 1961.
- Belarmino SUAREZ "El Código Civil del año de 1860 con sus modificaciones 1860-1948". 2ª Edición. San Salvador. 1949.
- Angel GOCHEZ CASTRO "Comentarios al Código Civil Salvadoreño vigente". Publicaciones del Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador, C. A. 1959.
- Guillermo CABANELLAS "Diccionario de Derecho Usual". Bibliografía Omeba. Sexta Edición.
- Luis F. BORJA "Estudios sobre el Código Civil Chileno". París. Impresores Editores 99. Boulevard Raspail, 99.
- Constitución Política de El Salvador de 1962.  
Código Civil de El Salvador.  
Código de Procedimientos Civiles de El Salvador

Se terminó de imprimir esta tesis el día sábado 18 de febrero de 1978, quedando invívito en mí, las últimas palabras que me dirigió personalmente, mi inolvidable compañero de estudios, de infancia, e íntimo amigo, Don Jaime Pascual Portet: “al diablo chino, ¿Cuándo te vas a doctorar? yo estuve peleando por tí, creyendo que ya eras Doctor y me ganaron la discusión”.

