

Revista de Derecho

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

SUMARIO

ALBERTO CRISTÓBAL VÁSQUEZ	
Índice de Política Económica Regional	157
ENRIQUE H. NADELMANN	
El Derecho Norteamericano de la Quiebra	187
VÍCTOR VILLAVICENCIO G.	
De las asignaciones forzosas (Continuación)	193
LUIS H. CONTRERAS ABURTO	
Algunos aspectos de la Legislación Civil Soviética (Continuación)	239
88.º Aniversario de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción y acto de recepción a los nuevos alumnos	257
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	
Hans Kelsen: "The Law of the United Nations. A critical analysis of its fundamental problems". (Enrique Ferrer V.)	265
COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCIÓN	
Acuerdo del H. Consejo Provincial del Colegio de Abogados de Concepción, sobre la Práctica Judicial, en relación con la modificación que al artículo 253 del Código Orgánico de Tribunales introduce la Ley N.º 11.183, de 10 de Junio de 1953	273
JURISPRUDENCIA	
Corte de Apelaciones de Concepción	
Reivindicación. (Apelación de la sentencia definitiva)	277
Juicio de arrendamiento. (Restitución). (Recurso de Queja)	293
Reclamación de ilegalidad de acuerdo municipal	299
Ejecución (Cuaderno de remate). (Apelación de incidente)	307
Guía Profesional	I

PUBLICACIONES DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL
COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCIÓN

VÍCTOR VILLAVICENCIO G.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

(Continuación)

69. —**Condiciones para que el cónyuge tenga derecho a porción conyugal.**

2) Que el cónyuge no haya dado causa al divorcio por su culpa, según lo establece el artículo 1173 de nuestro Código, disposición que concuerda con el artículo 994, en virtud del cual el cónyuge divorciado por su culpa "no tendrá parte alguna en la herencia ab-intestato de su mujer o marido".

En primer término, cabe hacer presente que, a pesar de que la ley no distingue entre el divorcio temporal y el perpetuo, la disposición sólo puede racionalmente referirse a este último, ya que el divorcio temporal no produce efectos con respecto a los bienes y —como dice un autor— sólo tiene por objeto suspender transitoriamente la vida conyugal y restablecer la paz y armonía entre los cónyuges (65). Abona esta conclusión, la circunstancia de que las causales de divorcio temporal señaladas en el artículo 22 de la Ley de Matrimonio Civil —avaricia del marido, negativa de la mujer a seguirlo, abandono del hogar común; ausencia injustificada por más de tres años o malos tratamientos a los hijos—, no

(65) FABRES. Obra citada, página 15.

revisten tanta gravedad como las de divorcio perpetuo y no guardaría relación con ellas la severísima sanción que significa la pérdida de la porción conyugal (66).

Sin embargo, el señor Claro Solar sostiene la conclusión contraria y estima que tanto el divorcio perpetuo como el divorcio temporal, cuyo plazo de duración esté vigente al tiempo de fallecer el otro cónyuge, hacen perder el derecho a la porción que nos ocupa, en virtud de que el artículo 1173 no distingue y su sentido es claro, por lo que no puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (67).

Como el derecho a la porción conyugal se determina al momento mismo del fallecimiento del causante y dado que el artículo 1173 emplea la expresión "divorciado", es preciso concluir que, para que opere la privación, es menester que el divorcio se encuentre declarado por sentencia ejecutoriada a la época de ocurrir dicho fallecimiento. Si, por la inversa, el juicio de divorcio se encuentra inconcluso o en tramitación en ese momento, el cónyuge sobreviviente no está "divorciado" y tiene derecho a reclamar porción conyugal, máxime si se tiene en cuenta que la muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio, de modo que la sentencia de término que no se haya dictado hasta ese instante, no podrá dictarse con posterioridad (68).

El precepto en estudio exige, además, que el divorcio se haya decretado por culpa del cónyuge sobreviviente, es decir, que la causal no sólo haya sido originada o motivada por él, sino, además, que sea imputable a negligencia o mala fe de su parte. No tendría esa calidad, ni privaría de porción conyugal, el divorcio decretado por una enfermedad grave, incurable y contagiosa, contraída por el cónyuge sobreviviente en forma accidental, fortuita o casual (69).

(66) PINOCHET CONTRERAS, -Oscar. "De las Asignaciones Forzosas". Memoria de Prueba, Página 14.

(67) CLARÓ SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Imprenta Nascimento, 1942, Tomo XV, N.º 1385, página 286.

(68) En este sentido: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Sección Primera, página 313.

(69) FABRES. Obra citada, Tomo II, página 16.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

195

Es obvio que si la causal de divorcio es imputable a culpa o mala fe de parte de ambos cónyuges, los efectos no se alteran y cada uno de ellos queda recíprocamente privado del derecho a porción conyugal en la sucesión del otro, sin que sea posible pretender una compensación o saneamiento de culpas. Por el contrario, si la culpa de la causal concurre en el cónyuge fallecido, el divorcio no priva de porción conyugal al cónyuge inocente (70).

Nada ha dicho el legislador sobre el valor que tienen, en el caso de divorcio, las cláusulas testamentarias en que el cónyuge inocente asigna al culpable precisamente la porción conyugal, pero creemos que la solución del problema debe buscarse aplicando, por analogía, las reglas que rigen los efectos de la indignidad en la sucesión testamentaria, y, en especial, el artículo 973, en virtud del cual las causales de indignidad no pueden alegarse "contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen".

Nos fundamos para ello en que, si bien el divorcio culpable no constituye por sí mismo una razón de indignidad —aun cuando la causal de divorcio puede llegar a constituir la si los hechos en que se funda equivalen a los señalados en alguno de los artículos 968 a 972 de nuestro Código Civil—, existe entre ambas instituciones jurídicas una analogía o equivalencia indiscutible.

Por consiguiente, hay que concluir que si el testamento es anterior al divorcio, éste privará de porción conyugal al cónyuge culpable, a pesar de las cláusulas que le asignen expresamente tal porción; por la inversa, si el testamento es posterior al divorcio, la causal debe entenderse tácitamente perdonada y el cónyuge culpable tiene derecho a reclamar la porción conyugal que le ha sido reconocida por testamento (71).

Esta conclusión, que fluye de la aplicación analógica del artículo 973 del Código Civil, es la que mejor concuerda con el espíritu de la Ley de Matrimonio Civil, cuyos artículos 25 y 28 permiten renunciar a la acción de divorcio por causa conocida y preexistente o poner fin a sus efectos mediante la reconciliación de los cónyuges.

(70) CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV, N.° 1384, página 286.

(71) FABRES. Obra citada, Tomo II, página 18.

3) **Que el cónyuge sobreviviente no sea indigno de suceder al difunto**, requisito que, si bien no está expresamente señalado en el párrafo que trata de la porción conyugal, se impone por la aplicación de las reglas generales.

En efecto, la porción conyugal es una asignación por causa de muerte y, en consecuencia, para tener derecho a ella es menester que el cónyuge supérstite no se haya hecho indigno de suceder al difunto. Es preciso descartar la incapacidad, porque sus causas —inexistencia natural o jurídica y crimen de dañado ayuntamiento— no pueden presentarse con respecto al cónyuge sobreviviente.

Este requisito es fundamentalmente diverso del que hemos estudiado en el número precedente, si bien en la práctica ambos pueden llegar a coincidir. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando el cónyuge sobreviviente haya sido autor o cómplice en la perpetración de un delito contra la vida, el honor o los bienes del cónyuge difunto, hecho que constituye la causal de indignidad del artículo 968 N.º 2.º del Código Civil y, al mismo tiempo, la causal de divorcio perpetuo del artículo 21 N.º 3.º de la Ley de Matrimonio Civil.

Tiene importancia determinar, en cada caso, si la causal de divorcio llega o no a constituir al mismo tiempo causal de indignidad, ya que, en la primera situación, el cónyuge indigno no sólo queda privado de la porción conyugal sino, además, de todas las asignaciones testamentarias anteriores a los hechos que la producen. Por la inversa, si la causal de divorcio no constituye al mismo tiempo causal de indignidad para suceder, el cónyuge culpable sólo pierde su porción conyugal, pero puede reclamar las asignaciones que el causante le haya dejado por el testamento, lo que no carece de importancia después de la reforma introducida por la Ley N.º 10.271 al artículo 1176 del Código Civil, a que nos hemos referido en párrafos anteriores. Por último, si la causal de divorcio es de aquellas que señala el artículo 968 entre los capítulos de indignidad, el cónyuge culpable no sólo pierde su porción conyugal y se hace indigno de suceder, sino, además, puede ser privado hasta de todo derecho a alimentos, de conformidad con el artículo 979 del Código Civil, por haber cometido la injuria atroz a que se refiere el inciso final del artículo 324.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

197

Sin embargo, Fabres y Claro Solar estiman que el cónyuge culpable de injuria atroz no pierde su derecho de alimentos, porque, si bien el artículo 979 de nuestro Código establece tal principio general, los artículos 175 y 176 contienen una regla especial diversa aplicable al derecho de alimentos entre cónyuges divorciados, que no distingue si la causal de divorcio ha llegado o no hasta los límites de la injuria atroz. Estas últimas disposiciones prevalecen, a juicio de los autores citados, sobre los artículos 324 y 979 del Código Civil, en virtud de la prelación establecida por el artículo 322 del mismo cuerpo de leyes (72).

A nuestro modo de ver, los artículos 175 y 176 reciben aplicación exclusivamente cuando el derecho de alimentos se reclama en vida del cónyuge alimentante, ya que ambos se encuentran precisamente ubicados en el párrafo 4.º del Título VI del Libro I del Código Civil, entre las "excepciones que el divorcio perpetuo introduce en materia de obligaciones y derechos entre cónyuges". En cambio, si los alimentos se reclaman contra la sucesión del alimentante fallecido, no cabe aplicar los artículos 175 y 176 a los herederos de éste, y la injuria atroz debe producir los efectos generales previstos en los artículos 324 y 979 de nuestro Código. Refuerza esta conclusión el hecho de que el último de estos preceptos trata, precisamente, de las consecuencias jurídicas de ciertas causales de indignidad para suceder por causa de muerte, aplicables a los herederos y legatarios, y los artículos 175 y 176, por el contrario, son aplicables al marido y a la mujer, considerados personalmente como deudores de la obligación alimenticia, en los casos en que la unión conyugal ha sido interrumpida por el divorcio.

Miradas las cosas desde este punto de vista, no existe discordancia ni oposición entre los artículos 175 y 176, por una parte, y los artículos 324 y 979 del Código Civil, por la otra.

70.—Cálculo de la porción conyugal.—Hemos dicho en párrafos anteriores que la porción conyugal, en virtud del artículo 1178 de nuestro Código Civil, asciende a la cuarta parte de los

(72) FABRES. Obra citada, Tomo II, páginas 20 y 21. CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV, página 292, N.º 1388.

bienes del difunto, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, y es una baja general de la herencia llamada a efectuarse en quinto lugar, después de haberse procedido a las cuatro primeras deducciones del artículo 959.

En virtud del inciso segundo del citado artículo 1178, modificado por la Ley N.º 10.271 de 2 de Abril de 1952, en el orden de los descendientes legítimos la porción conyugal no es baja general y debe imputarse a la mitad legitimaria; y su monto asciende a la legítima rigurosa de un hijo, cuando concurre un solo hijo legítimo en dicho orden —personalmente o representado—, o al duplo de esa legítima rigurosa, cuando concurren dos o más hijos legítimos.

Por su parte, el artículo 1176 establece, en su texto actual, que deben imputarse a la porción conyugal todos los bienes del cónyuge sobreviviente, inclusive su mitad de gananciales si no la renunciare, y los que haya de percibir como heredero ab-intestato en la sucesión del difunto.

Combinando los preceptos estudiados, se llega a la conclusión de que pueden presentarse las siguientes situaciones en el cálculo de la porción que estudiamos:

71.—I) No hay descendientes legítimos.—Cuando no concurren a la herencia descendientes legítimos, la porción conyugal teórica asciende a la cuarta parte de los bienes, previas las otras deducciones del artículo 959.

Pero la porción conyugal efectiva puede ser íntegra o complementaria, según el cónyuge carezca o tenga bienes imputables a ella.

72.—a) Porción conyugal íntegra.—En la primera de las situaciones recién enunciadas, es decir, cuando el cónyuge sobreviviente no tiene ni recibe bienes que deban imputarse a la porción conyugal, con arreglo al artículo 1176, el cálculo de ella es relativamente sencillo.

En primer término, es preciso establecer el "acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado", en cumplimiento del mandato contenido en el inciso primero del artículo 959, para lo cual se excluirán aquellos bienes que existían en su poder a la época del fallecimiento, pero que pertenecían a terceros por razón de dominio,

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

199

y que el difunto tenía por un título de mera tenencia, como arrendamiento, usufructo, comodato, etc. En cambio, deben incluirse en el acervo los bienes donados por el causante en forma revocable, pues el dominio de ellos no ha salido de su patrimonio, aun cuando materialmente se hubieren entregado en vida a los respectivos donatarios, pues éstos serían sólo meros tenedores y tendrían los derechos y obligaciones de los usufructuarios, según claramente lo dispone el artículo 1140 del Código Civil.

Determinado de este modo el acervo de bienes del difunto, se procede a rebajar las costas de publicación del testamento y de la apertura de la sucesión, las deudas hereditarias, los impuestos fiscales que graven toda la masa hereditaria (73) y las asignaciones alimenticias forzosas. La cuarta parte del acervo resultante será la porción conyugal y las tres cuartas partes restantes formarán el acervo líquido, sobre el cual deberán llevarse a efecto las disposiciones de la ley o del testamento, en su caso.

Don José Clemente Fabres estima que, aun cuando no haya descendientes legítimos, antes de calcular la porción conyugal es menester acumular al acervo las donaciones irrevocables hechas a legitimarios, es decir, —en su opinión—, la porción en estudio viene a ser la cuarta parte del acervo imaginario (74).

Esta doctrina, que pudo tener fundamento antes de la reforma de la Ley N.º 10.271, ha quedado actualmente sin ninguna base, en virtud de que dicha ley, modificando el artículo 1199 del Código Civil, estableció expresamente que la acumulación de las donaciones irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, sólo aprovecha al cónyuge sobreviviente en el caso del inciso segundo del artículo 1178, es decir, cuando concurren a la herencia descendientes legítimos.

A contrario sensu, debe entenderse que, no habiendo tales descendientes, dichas acumulaciones no aprovechan a la porción con-

(73) Como el artículo 2.º de la Ley N.º 5.427, de 28 de Febrero de 1934, sobre impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, establece que "el impuesto se aplicará sobre el valor líquido de la respectiva asignación o donación", en la actualidad no existen en Chile impuestos que graven toda la masa hereditaria.

(74) FABRES, *Obra citada*, Tomo II, páginas 88 y siguientes.

yugal, la que, por otra parte, se calcula sobre el monto "de los bienes que el difunto ha dejado", de acuerdo con el inciso primero del artículo 959, sin incluir aquellos que habían sido enajenados con anterioridad, en virtud de la donación irrevocable (75).

Al estudiar la formación de los acervos imaginarios volveremos sobre este problema.

73.—b) **Porción conyugal complementaria.**—El cálculo de la porción que nos ocupa no se presenta tan sencillo en los casos en que el cónyuge sobreviviente posee o recibe bienes que deban imputarse a ella, de acuerdo con el artículo 1176.

El principal problema radica en determinar si el monto de tales bienes imputables, denominado **deducciones a la porción conyugal**, va a acumularse al acervo antes o después de calcular dicha porción, o, planteado en otros términos, si las deducciones a la porción conyugal aprovechan o no al mismo cónyuge sobreviviente.

Sobre este problema se han elaborado varias doctrinas, siendo las más importantes las que brevemente expondremos a continuación.

74.—**Doctrina de Fabres.**—El distinguido publicista y catedrático de la Universidad de Chile, don José Clemente Fabres, uno de los primeros en estudiar a fondo la institución que nos ocupa, sostiene que las deducciones a la porción conyugal complementaria benefician al cónyuge sobreviviente, por las siguientes razones:

1) Si en el caso de haber descendientes legítimos, —que son los legitimarios más favorecidos dentro del sistema de nuestro Código Civil, de acuerdo con el artículo 1190—, se acumulan las deducciones a la porción conyugal, con manifiesto perjuicio de los descendientes legítimos y con exclusivo provecho del cónyuge sobreviviente, con mayor razón debe hacerse la acumulación en los otros órdenes sucesorios en que no concurren tales descendientes especialmente protegidos.

(75) AGUIRRE VARGAS. Obra citada, página 131. CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV, N.° 1397, páginas 296 y siguientes.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

201

2) Partiendo de la base —como lo hace este autor—, de que el acervo imaginario debe formarse siempre que haya legitimarios, sean o no descendientes legítimos, y de que dicho acervo está integrado con las donaciones revocables e irrevocables y con las deducciones a la porción conyugal, de acuerdo con el artículo 1185, y viene a ser, en definitiva, el acervo “de que dispone el testador o la ley”, resulta evidente que la porción conyugal debe calcularse sobre ese acervo imaginario, por ser precisamente “una parte de los bienes del difunto de que dispone la ley”, o —para emplear los términos del artículo 1172—, la parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente.

3) Las deducciones de la porción conyugal forman parte del patrimonio del cónyuge difunto y por eso es que el artículo 1177 permite al cónyuge, a su arbitrio, retener lo que posea o se le deba, renunciando a la porción conyugal, o pedir la porción conyugal íntegra, abandonando sus otros bienes y derechos. Si opta por esto último, es evidente que tales bienes y derechos ingresan al patrimonio del difunto e incrementan el acervo partible, del cual va a sacarse la porción conyugal, es decir, en este caso no hay duda de que el cónyuge se beneficia con las deducciones a la porción conyugal. Es lógico concluir entonces que, en el caso equivalente, o sea, cuando el cónyuge no abandona sino que retiene lo que posee o se le debe, tales deducciones deben igualmente beneficiarlo, pues no se divisa razón alguna para aplicar a esta segunda situación un efecto diverso, perjudicial a los intereses del cónyuge. Según la expresión de Fabres, “en este caso, la letra de la ley favorece abiertamente la acumulación, pues vale lo mismo, o da igual resultado que la acumulación, el abandono que hace el cónyuge sobreviviente de sus otros bienes y derechos, los cuales van forzosamente a formar parte de los bienes del difunto” (76).

4) La letra misma del artículo 1176 conduce a la conclusión de que el cónyuge aprovecha de las deducciones a la porción conyugal: En efecto, el inciso primero de dicho artículo establece que los bienes que el cónyuge posee se rebajan de su porción conyugal,

(76) FABRES, *Obra citada*, Tomo II, páginas 85 a 88.

conservando aquél solamente derecho al complemento, es decir, el cónyuge retiene en su poder tales bienes "a título de porción conyugal". El inciso segundo aplica la misma regla "a todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, sino la renunciare". Es decir, también se imputan de la misma manera a la porción conyugal estos otros bienes, que no están en poder del cónyuge sino de la sucesión. La expresión "por tanto" que emplea el inciso segundo denota, al decir de Fabrés, que se trata de la simple aplicación de una regla, de la deducción de una consecuencia legítima, o, lo que es lo mismo, el legislador finge que los bienes señalados en el inciso primero son del difunto, como lo son realmente los del inciso segundo. La imputación de que habla el inciso segundo no es sino una dación en pago que se efectúa por medio de una acumulación imaginaria o en valores al haber de la sucesión. Si la porción conyugal se calcula después de la mencionada acumulación imaginaria o en valores, es de toda evidencia que participa de tal acumulación (77).

5) Esta conclusión es la que mejor concuerda con el espíritu general de nuestra legislación y con la equidad natural, regla de hermenéutica que contempla el artículo 24 del Código Civil. Concuerda con el espíritu general de la legislación, porque, de este modo, la porción conyugal viene a tener un valor uniforme en sus respectivos casos. De sostenerse la tesis contraria, la porción conyugal sería mayor cuando el cónyuge abandona sus bienes y derechos para reclamar porción íntegra, que cuando retiene tales bienes y reclama sólo el complemento. Concuerda mejor con la equidad natural, porque, siendo la porción que estudiamos una asignación de naturaleza alimenticia, la equidad aconseja incrementarla con las deducciones, aún en perjuicio de los legitimarios, en vez de disminuirla o limitarla en beneficio de éstos.

6) El artículo 1178 dice que la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de

(77) El argumento vale aún después de la reforma de la Ley N.° 10.271, con respecto a los bienes que siguen siendo imputables.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

203

sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. El acervo o masa de bienes es —según Fabres— de tres clases: ilíquido, líquido e imaginario. El precepto citado no dice de cuál de esos acervos debe sacarse la cuarta parte destinada a formar la porción conyugal, pero resulta evidente que no es del ilíquido, por los mismos términos del artículo 959. Quedan, por consiguiente, el acervo líquido y el acervo imaginario, cuando haya lugar a formarlos, esto es, cuando haya bienes acumulables, que pueden consistir en donaciones revocables, en donaciones irrevocables, o simplemente en deducciones a la porción conyugal, según la opinión del señor Fabres. Entre ambos, es indudable que la expresión "bienes de la persona difunta", que emplea el artículo 1178, se refiere al acervo imaginario, por las siguientes razones: a) porque tanto las donaciones revocables como las irrevocables y las deducciones a la porción conyugal son "bienes del difunto"; b) porque sostener que la porción conyugal debe sacarse del acervo líquido y no del imaginario, equivale a decir que el cónyuge sobreviviente no aprovecha de la acumulación de las donaciones hechas por el cónyuge difunto, o sea, es dejar la suerte de la porción conyugal librada totalmente al capricho o mala fe del causante, quien, haciendo donaciones revocables o irrevocables, podría disminuir o aún suprimir la porción conyugal, todo lo cual resulta absurdo; c) del artículo 1178 se desprende que la porción conyugal debe sacarse del mismo acervo de que se saca la legítima rigurosa de un hijo, y ésta se calcula precisamente sobre la mitad del acervo imaginario, según lo dicen muy claramente los artículos 1184, 1185 y 1186 de nuestro Código. Si en el caso de haber descendientes legítimos, la porción conyugal se calcula sobre el acervo imaginario, no se ve la razón para no calcularla también sobre dicho acervo cuando no concurren tales descendientes (78).

7) Finalmente, los artículos 1191 y 1199 han necesitado decir expresamente que el cónyuge no aprovecha de los acrecimientos o acumulaciones que en ellos se contemplan. Esto se debe a que si el legislador no hubiera dado esas reglas especiales, la conclusión habría sido la contraria y el cónyuge habría podido aprovechar de

(78) FABRES. Obra citada, Tomo II, página 98.

ellos, por ser tal la norma general dentro del sistema del Código Civil. En caso de duda, el intérprete de la ley debe inclinarse en el sentido de la regla general, ya que las excepciones debe interpretarse restrictivamente. Por lo demás, de sostener lo contrario habría que llegar a la conclusión de que los citados artículos están demás, son inútiles, y podrían suprimirse sin inconveniente alguno, lo que no sólo resulta inverosímil sino, además, absurdo.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en dos ocasiones en favor de la doctrina que estamos exponiendo (79).

75.—Doctrina de Aguirre Vargas.—El talentoso gramático, abogado y Profesor Extraordinario de Derecho Civil de la Universidad de Chile, don Carlos Aguirre Vargas, fallecido a los 38 años de edad, rebatió en una de sus obras la doctrina del señor Fabres sobre el problema en estudio y sostuvo que, de acuerdo con las ideas de don Andrés Bello y con la historia fidedigna de la ley, las deducciones a la porción conyugal no aprovechan al cónyuge sobreviviente, por las siguientes razones:

a) En cuanto al primer argumento de Fabres, de que el artículo 1190 ordena acumular al acervo partible las deducciones a la porción conyugal, Aguirre Vargas lo impugna sosteniendo, por una parte, que dichas acumulaciones se hacen únicamente a a la mitad legitimaria y no al acervo líquido, según los términos del inciso primero del citado artículo y, por otra parte, que esas deducciones se acumulan después de haberse calculado la porción conyugal y no antes, único medio racional de determinar a cuánto ascienden tales deducciones.

b) Con respecto al segundo argumento de Fabres, de que la porción conyugal debe calcularse sobre el acervo imaginario, porque aquélla es la cuarta parte de los bienes del difunto y éste constituye precisamente tales bienes, Aguirre Vargas sostiene que dicha conclusión es contraria al texto del artículo 959 del Código Civil. Este precepto establece, en un verdadero orden de prelación, las bajas generales de la herencia y, después de considerar en quin-

(79) Gaceta de los Tribunales: Año 1911, Tomo I, página 911, sentencia 549; Año 1921, Tomo II, página 397, sentencia número 229.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

205

to lugar a la porción conyugal, termina diciendo: "el resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley". Por su parte, el artículo 1185, lo mismo que el 1186, establecen claramente que el acervo imaginario se forma partiendo de la base del acervo líquido, lo que basta para comprender que, a los ojos del legislador, la formación del acervo imaginario es una operación que supone ya rebajada la porción conyugal, junto con las demás deducciones del artículo 959, toda vez que ordena formar lo partiendo del "acervo líquido".

c) Relativamente al tercero de los argumentos de Fabres, el señor Aguirre Vargas sostiene que "las deducciones o rebajas que se hagan a la porción conyugal y el abandono de los bienes propios del cónyuge sobreviviente, son, en efecto, dos medios que conducen al mismo resultado" y, en uno y otro caso, sea el valor de los bienes propios, sean estos mismos bienes, van al patrimonio del difunto. Sin embargo, al decir el señor Fabres que "incrementan el acervo partible", no ha precisado si ingresan al acervo imaginario, al acervo líquido o a la mitad legitimaria, si bien reconoce que unos y otros bienes deben seguir una misma destinación. El artículo 1185 da la solución, al decir que las deducciones a la porción conyugal, en el caso del artículo 1176, se "acumulan imaginariamente al acervo líquido" y el acervo sólo queda líquido, con arreglo al inciso final del artículo 959, después de deducidas las cinco bajas generales. Armonizando los artículos 959 y 1185, se llega a la conclusión de que la porción conyugal se rebaja antes de acumular imaginariamente sus deducciones y, en consecuencia, mal puede participar de éstas.

d) Refutando el cuarto de los argumentos de la doctrina contraria, que se basa en el sentido de la expresión "se imputará por tanto" con que comienza el artículo 1176, el señor Aguirre Vargas sostiene que es un error creer que la "imputación" de que habla dicho inciso equivale a una "dación en pago", como sostiene Fabres. "El Código en los artículos 1185 y siguientes llama deducciones de la porción conyugal a la imputación de que ha hablado en el artículo 1176. Deducir es rebajar, restar, descontar. De algo que se ha sacado ya —de la porción conyugal— se rebaja, se resta, se descuenta cierto valor, el de los bienes propios del cónyuge.

Esto es lo que el Código ha entendido, al decir en el artículo 1185 que se acumulan al acervo líquido las deducciones que se hagan a la porción conyugal, según el artículo 1176; al decir en el artículo 1190 que vuelven a la mitad legitimaria las referidas deducciones".

El procedimiento del artículo 1176 es idéntico al del artículo 330, identidad que se confirma, según el autor, por el carácter alimenticio de la porción conyugal. El citado artículo 330, al manifestar que los alimentos "no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir", establece simplemente que al monto de la pensión alimenticia "se imputa", se rebaja, se descuenta o se resta el monto de los recursos propios del alimentario. Ello no significa, como sostiene Fabres, que el alimentante pueda hacer dación en pago al alimentario de los bienes propios de éste. "Discurrir de otra manera es perderse en sutilezas. Imputar y computar son, por lo demás, vocablos que expresan ideas diferentes. Bien puede imputarse a la porción conyugal el valor de los bienes propios del cónyuge, sin que ello signifique que el valor de tales bienes se tome en cuenta para computar, para determinar el monto de la porción conyugal acumulándolo previamente al valor de los bienes de donde ésta se saca" (80).

e) La regla de hermenéutica del artículo 24 del Código Civil, en que Fabres funda su quinto argumento, sólo es aplicable cuando no pudieren aplicarse las reglas de interpretación de los artículos precedentes y, además, únicamente a los pasajes oscuros o contradictorios; según reza literalmente el mismo artículo. Aguirre Vargas estima que dicha regla no es aplicable al problema en estudio, porque en este punto el contexto de la ley es absolutamente claro. El artículo 1185, por una parte, ha dicho que las deducciones a la porción conyugal deben acumularse al acervo líquido, y el artículo 959 ha definido este acervo diciendo que se forma después de sacada la porción conyugal; finalmente, el artículo 1190 establece que, habiendo descendientes legítimos, aquellas deducciones vuelven a la mitad legitimaria, "y al decir que vuelven,

(80) AGUIRRE VARGAS. Obra citada, páginas 155 a 163.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

207

expresa claramente que han salido de dicha mitad, o lo que es lo mismo, que la porción conyugal a que se hacen las deducciones ha sido computada y sacada ya" (81).

f) No es efectivo, como pretende Fabres, que todos los bienes que forman el acervo imaginario sean bienes del difunto que deban servir para el cómputo de la porción conyugal. Por de pronto, las donaciones irrevocables son, al momento del fallecimiento del causante, bienes que pertenecen a los respectivos donatarios y en ningún caso al difunto. Lo que ocurre es que el legislador, mediante la ficción del acervo imaginario, los considera como si estuvieran en el patrimonio del causante, aun cuando realmente no lo están. ¿Con qué objeto se ha creado esta ficción? Únicamente con el de equiparar a los legitimarios entre sí y de protegerlos frente a las donaciones hechas a extraños. Así se desprende de los artículos 1185, 1186 y 1187, que se refieren reiteradamente a la computación de las legítimas y mejoras, y así se desprende también del artículo 1199, al disponer que tales acumulaciones sólo aprovechan a los asignatarios a título de legítima o mejora y no a los acreedores hereditarios ni a los asignatarios a otro título diverso (82), como ocurre con el cónyuge sobreviviente. La circunstancia de que, de acuerdo con la doctrina que exponemos, el cónyuge quede entregado a la mala fe o al capricho del causante, quien podría burlar su porción mediante donaciones excesivas, no es una crítica dirigida a esta doctrina sino al sistema establecido por el legislador. Ella no puede, en consecuencia, servir de base al intérprete de la ley para forzar o torcer su sentido, sin perjuicio de que pueda hacerse valer como antecedente para obtener una reforma del sistema del Código Civil. Finalmente, la afirmación de que la porción

(81) AGUIRRE VARGAS. *Ibidem*, página 162.

(82) El argumento debe entenderse en relación con la reforma introducida al artículo 1199 por la Ley N° 10.271, del 2 de Abril de 1952, al establecer que tales acumulaciones aprovechan también al cónyuge sobreviviente, cuando concurre con descendientes legítimos. Esta misma reforma sirve hoy de base para refutar la doctrina de Fabres, ya que, si la Ley N.° 10.271 ha limitado el beneficio de la acumulación en el orden de los descendientes legítimos, es preciso concluir que el cónyuge no aprovecha de tal acumulación en los otros órdenes de sucesión.

conyugal debe calcularse sobre el acervo imaginario, porque se saca del mismo acervo de donde salen las legítimas rigorosas, sólo podría tener valor en el orden de los descendientes legítimos, en que la porción conyugal no es baja general de la herencia, pero no puede servir de argumento para sostener la doctrina de Fabres en los otros órdenes de sucesión, en que la porción conyugal tiene precisamente el carácter de baja general, que se calcula antes de quedar formado el acervo líquido, según lo dice con toda claridad el artículo 959 del Código Civil.

g) El último de los argumentos de Fabres que hemos señalado, es un argumento a contrario sensu y, por ende, sumamente peligroso en materias de hermenéutica legal, según el decir de Aguirre Vargas. No porque el legislador haya dicho expresamente, en uno o en dos casos —artículos 1191 y 1199—, que ciertas acumulaciones no aprovechan al cónyuge sobreviviente, es preciso entender que en todos los demás casos no excluidos expresamente, el cónyuge deba aprovechar de las correspondientes deducciones o acumulaciones (83). Tampoco es efectivo que la tesis de Fabres sea la única que le da razón de ser, utilidad o aplicación al artículo 1199, y que, de sostenerse como regla general la de que el cónyuge no aproveche sino de las acumulaciones que la ley en forma expresa le reconoce, el artículo citado pueda suprimirse sin inconveniente alguno. El mencionado precepto no reza exclusivamente con el cónyuge, sino que habla, en términos generales, “de los asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima o mejora”. El precepto no fué incorporado exclusivamente para eliminar del beneficio de la acumulación al cónyuge, que de otro modo habría participado de ella según Fabres, sino para excluir también a los herederos y legatarios extraños, a los asignatarios de alimentos forzosos, a los acreedores hereditarios, etcétera.

(83) La referencia debe entenderse al texto originario del artículo 1199, ya que la reforma de la Ley N.º 10.271 dispuso expresamente que el cónyuge aprovecha, en el orden de los descendientes legítimos, de las donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas y mejoras.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

209

h) Además de las razones anteriormente expuestas, todas las cuales tienen por objeto refutar las argumentaciones de Fabres, el señor Aguirre Vargas sostiene que su doctrina es la que mejor concuerda con la definición de porción conyugal que da el artículo 1172 del Código Civil, pues en virtud de ella, y no aprovechando el cónyuge de las deducciones a la porción conyugal, ésta viene a ser precisamente una parte "del patrimonio de una persona difunta". En cambio, según el criterio de Fabres, la porción en estudio viene a resultar una parte del conjunto formado por tal patrimonio más los bienes del cónyuge sobreviviente, lo que es absurdo. Además, la porción conyugal es una asignación por causa de muerte, cuyo cálculo debe hacerse sobre los bienes del difunto de acuerdo con el artículo 953, y no sobre éstos, aumentados con los bienes del asignatario, como pretende Fabres.

i) La porción conyugal es, en opinión de Aguirre Vargas, una asignación alimenticia y, por consiguiente, los bienes del alimentario no pueden tomarse en cuenta para aumentar su monto, como pretende Fabres, sino para disminuirlo, según se desprende claramente del artículo 330 de nuestro Código Civil.

La doctrina de Aguirre Vargas ha sido compartida por la mayor parte de los autores chilenos, especialmente por don Luis Claro Solar, don Arturo Alessandri Rodríguez, don Oscar Dávila, don Manuel Somarriya Undurraga, don Guillermo Correa Fuenzalida, etcétera (84).

76.—**Otras doctrinas.**— Además de las dos interpretaciones precedentemente expuestas, desarrolladas en forma magistral por sus respectivos autores, se han elaborado otras doctrinas para resolver el problema de si las deducciones a la porción conyugal aprovechan o no aprovechan al cónyuge sobreviviente para el cómputo de dicha porción.

Don Paulino Alfonso (85) —que sigue la solución negativa de Aguirre Vargas—, estima que todo el problema radica en de-

(84) CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV, página 302.

(85) ALFONSO, Paulino. "Del Primer Acervo Imaginario". Santiago, 1892. Página 10.

terminar qué debe entenderse por la expresión "deducciones a la porción conyugal" que emplean los artículos 1185 y 1190 del Código Civil.

En esta materia —sostiene el mencionado autor—, hay que distinguir los bienes del cónyuge sobreviviente que deben imputarse a porción conyugal de acuerdo con el artículo 1176, de los bienes del difunto que en virtud de dicha imputación se libran de pasar al patrimonio del cónyuge sobreviviente. Unos y otros bienes tienen el mismo valor numérico o monetario, pero los primeros pertenecen al cónyuge sobreviviente y los segundos al cónyuge premuerto. En virtud del artículo 1176, la existencia de los primeros en el patrimonio del cónyuge sobreviviente impide la salida de los segundos, de igual valor, del patrimonio del difunto.

* ¿Cuál de estos dos grupos de bienes son "las deducciones" de que hablan los preceptos citados? Evidentemente los segundos —sostiene Alfonso—, porque ellos precisamente se deducen, rebajan, restan o descuentan de la porción conyugal íntegra para dar lugar al complemento que, en el caso en estudio, reconoce el artículo 1176 al cónyuge sobreviviente.

En suma, las deducciones a la porción conyugal no son los bienes propios del cónyuge sobreviviente, sino las cantidades que quedan sin inversión de la porción conyugal, una vez determinado el complemento mediante las respectivas operaciones de resta que hay que hacer en razón de los bienes que tiene el cónyuge sobreviviente.

"El error de Fabres proviene de dar a la expresión **las deducciones que se hagan a la porción conyugal**, la significación de los bienes del cónyuge sobreviviente; pero el hecho de que la cuantía de las deducciones sea igual a la cuantía de los bienes no quiere decir que sean una misma cosa. Pueden acumularse, volviendo a la masa de la cual salieron, bienes que contribuyen a formar la porción conyugal, porque son bienes de la herencia que quedarían sin ocupación; pero no pueden acumularse a una herencia bienes que no son del patrimonio que la constituye" (86).

En todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, la porción conyugal es una deducción previa de

(86) CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV, N.º 1403, página 310.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

211

la masa de bienes del difunto que hay que hacer para constituir el acervo líquido, al cual se hacen, a su vez, las acumulaciones para formar el acervo imaginario. Si por poseer el cónyuge sobreviviente algunos bienes, sólo tiene derecho al complemento a título de porción conyugal, las deducciones que se han hecho a esta porción se devuelven al acervo; y el cónyuge, que con el complemento quedó pagado de toda la porción conyugal, no tiene ya a este título derecho alguno en la sucesión.

En virtud de lo expresado, las deducciones aludidas no aumentan o incrementan el haber del difunto, así como tampoco lo han disminuído efectivamente. En realidad, puede decirse que las deducciones se han separado del patrimonio del difunto, para calcular el monto de la porción, pero no para pagarla. Como el pago se hace mediante la imputación de que habla el artículo 1176, lo único que disminuye el patrimonio del difunto es el complemento que, unido a los bienes propios del cónyuge, sirve para pagar íntegramente su porción. Las deducciones, separadas provisoriamente, vuelven al acervo para calcular las cuartas de que hablan los artículos 1184 y 1185, pero en ningún caso para calcular la porción conyugal, que ya se encuentra calculada con anterioridad.

Don Oscar Pinochet Contreras (87) sostiene que las deducciones a la porción conyugal no son como afirman Fabres y Aguirre Vargas, los bienes que el cónyuge posee o se le deben, sino, por el contrario, el resto o complemento que tiene derecho a reclamar del patrimonio del difunto para, en unión de aquellos bienes o derechos, enterar la porción conyugal.

Para él, tales deducciones son los bienes que es preciso extraer o deducir del patrimonio del difunto, bienes que, según la doctrina uníforme, toman el nombre de complemento. Miradas las cosas desde ese punto de vista, es evidente que la porción conyugal no puede aprovechar, para su cómputo, de bienes que precisamente están ya considerados dentro de su monto.

Esta doctrina ha sido desestimada, porque no encuadra en forma alguna con el sistema de nuestro Código Civil, especialmente

(87) PINOCHET CONTRERAS, Oscar. "De las Asignaciones Forzosas". Memoria de Prueba. Santiago, 1926.

con los dos incisos del artículo 1176 que establecen, con toda precisión, la diferencia que existe entre las deducciones y el complemento, en la porción conyugal.

Don Pedro Lira Urquieta (88) ha sostenido en sus clases que la solución es distinta, según que las deducciones a la porción conyugal estén constituidas por bienes pertenecientes al cónyuge sobreviviente, o por bienes que éste tiene derecho a reclamar del patrimonio del difunto, como heredero o legatario.

En el primer caso, tratándose de bienes propios o de gananciales de la sociedad conyugal, es evidente que ellos están radicados en el patrimonio del cónyuge sobreviviente y no pueden tomarse en cuenta para calcular la porción conyugal, porque ésta es una parte del patrimonio del difunto. En el segundo caso, es decir, cuando las deducciones están constituidas por herencias o legados que el cónyuge sobreviviente haya de recibir en la sucesión del cónyuge premuerto, es también evidente que tales deducciones, que sólo van a salir del haber partible cuando éste quede líquido, deben tomarse en cuenta para el cómputo de la porción conyugal y aprovechan al cónyuge sobreviviente.

Como la porción conyugal —cuando no hay descendientes legítimos—, es igual a la cuarta parte del acervo y se calcula después de hechas las cuatro primeras bajas generales del artículo 959, pero antes de calcular las herencias o legados, resulta indiscutible que tales herencias o legados, aun cuando correspondan al cónyuge sobreviviente, se toman en cuenta para el cómputo de la porción conyugal y la aprovechan, según la opinión del señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica.

Esta opinión del señor Lira debe entenderse en relación con la reforma introducida al artículo 1176 por la Ley N.º 10.271, al establecer que la porción conyugal es compatible con cualquiera donación o asignación testamentaria que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto.

(88) VODANOVIC, Antonio. "De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos". Apuntes. Nascimento, 1938, página 100.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

213

77.—II) Hay descendientes legítimos.— Cuando concurren a la herencia hijos legítimos del causante, sea por derecho personal o representados por su descendencia legítima, la porción conyugal no es una baja general de la herencia.

El texto primitivo del inciso segundo del artículo 1178 del Código Civil establecía que, habiendo tales descendientes legítimos, "el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo".

Consecuente con su propósito de mejorar la condición jurídica del cónyuge sobreviviente, la Ley N.º 10.271 modificó dicho inciso segundo y estableció que, en el orden de los descendientes legítimos, el viudo o viuda "será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal, con imputación a la mitad legitimaria, el doble de lo que por legítima rigurosa corresponda a cada hijo legítimo".

Sin embargo, a fin de evitar un mejoramiento excesivo del cónyuge sobreviviente y una disminución demasiado considerable de la cuota del hijo legítimo, el mismo precepto estableció que, "si sólo hubiere un hijo legítimo, la porción conyugal será igual a la legítima rigurosa de ese hijo" (89).

De este modo, jamás la porción conyugal podrá exceder de un medio de la mitad legitimaria, cualquiera que sea el número de hijos legítimos que concurre con el cónyuge sobreviviente.

La reforma vino, además, a resolver de una vez por todas la cuestión de si la porción conyugal, en el orden de los descendientes legítimos, debía sacarse de la mitad legitimaria o de la cuarta de libre disposición, al intercalar en el inciso segundo del artículo 1178 la frase: "con imputación a la mitad legitimaria".

Anteriormente, un autor había sostenido que la porción conyugal debía sacarse de la parte de libre disposición, invocándose como fundamento, por una parte, el hecho de que el cónyuge no podía participar de la mitad legitimaria por no tener la calidad de legitimario y, por la otra, que el artículo 1192 del Código Civil impide menoscabar o disminuir las legítimas en forma alguna, ni aún en provecho del cónyuge sobreviviente (90).

(89) ASSAEL MORRIS. Obra citada, página 165.

(90) En este sentido: PINOCHET CONTRERAS. Obra citada, página 16. En sentido contrario: FABRES. Obra citada, Tomo II, páginas 39 a 47.

Lo mismo que en el caso anteriormente estudiado, el cálculo de la porción conyugal, en el orden de los descendientes legítimos, es distinto según que el cónyuge carezca en absoluto de bienes imputables y reclame porción conyugal íntegra, o que tenga bienes o derechos que deban imputarse a su porción y sólo reclame el complemento.

Estudiaremos ambas situaciones separadamente.

78.—a) **Porción conyugal íntegra.**—En este primer caso, sea porque el cónyuge no tiene bienes de ninguna especie, sea porque ha hecho uso del derecho de opción que le concede el artículo 1177, el cálculo de la porción conyugal es relativamente sencillo y se hace contando al cónyuge entre los hijos, para los efectos de dividir entre uno y otros la mitad legitimaria, en cumplimiento de lo ordenado por el inciso segundo del artículo 1178.

Si el cónyuge concurre con un solo hijo, vivo o representado, la mitad legitimaria se divide por dos y la porción conyugal es igual a la legítima rigurosa del único hijo y asciende a un medio de dicha mitad legitimaria.

Si hay dos o más hijos legítimos, vivos o representados, la mitad legitimaria se divide por el número de hijos más dos y la porción conyugal es igual al doble de la legítima rigurosa de cada uno de los hijos, de acuerdo con la reforma introducida por la Ley N.° 10.271 al artículo 1178 de nuestro Código.

Lo normal y corriente es que la división a que nos hemos referido se haga sobre la mitad del acervo líquido, que es lo que resta después de descontadas las cuatro primeras bajas del artículo 959 del Código Civil, acervo en el cual deben comprenderse las donaciones revocables hechas por el difunto, que al momento del fallecimiento forman parte de su patrimonio.

Esta regla no se altera ni aún en el caso de que los bienes donados hubieren sido entregados en vida a los donatarios, ya que, con arreglo a los artículos 1140 y 1141 de nuestro Código, las donaciones se asimilan en tal caso a los legados y los donatarios sólo tienen los derechos de un usufructuario precario, es decir, son meros tenedores y el causante puede en cualquier momento exigirles la restitución de las cosas donadas, revocando la donación (91).

(91) AGUIRRE VARGAS. Obra citada, página 216 infra.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

215

Bien puede ocurrir, sin embargo, que haya lugar a la formación de los acervos imaginarios cuando —como lo establecen los artículos 1185 y 1186 del Código Civil— el causante hubiere hecho donaciones irrevocables a legitimarios o a extraños. En tal caso, se plantea el problema de si la porción conyugal debe calcularse sobre la mitad del acervo líquido sin tomar en cuenta las donaciones irrevocables o, por el contrario, si el cálculo debe hacerse tomando en consideración tales donaciones, sobre la mitad del acervo imaginario.

Sobre este problema volveremos en capítulos posteriores, al estudiar la formación de los acervos imaginarios.

79.—b) **Porción conyugal complementaria.**—Cuando el cónyuge posee bienes que deban imputarse a la porción conyugal, el cálculo no se presenta tan sencillo y surge el mismo problema que estudiamos al referirnos a esta materia fuera del orden de los descendientes legítimos, es decir, el de determinar si las deducciones a la porción del cónyuge se toman o no se toman en cuenta para computarla.

Sobre el particular, Fabres y Aguirre Vargas han propuesto soluciones antagónicas, que expondremos brevemente.

80.—**Doctrina de Fabres.**—Consecuente con su opinión de que las deducciones a la porción conyugal aprovechan al cálculo de ésta, cuando no hay descendientes legítimos, el señor Fabres sostiene que, habiendo tales descendientes, las referidas deducciones deben igualmente tomarse en cuenta y agregarse a la mitad legitimaria, antes de efectuar el cálculo de la porción que estudiamos, por las siguientes principales razones:

1) Porque así lo revelan con claridad “la letra y el espíritu del artículo 1190 de nuestro Código Civil”, ya que el inciso segundo del citado precepto manda acumular a la mitad legitimaria las deducciones de la porción conyugal, cuando el difunto deja descendientes legítimos, “para computar y deducir en seguida la misma porción conyugal”.

En efecto, el inciso primero del mencionado artículo 1190 dice que si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima, por

incapacidad, indignidad ó exheredación, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho de representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros, y la porción conyugal en el caso del artículo 1178 inciso segundo.

Según Fabres, este inciso es muy claro y establece que la parte del legitimario que falta, contribuye a formar la porción conyugal, para lo cual se agrega previamente a la mitad legitimaria.

El inciso segundó expresa que volverán de la misma manera a la mitad legitimaria las deducciones que, según el artículo 1176, se hagan a la porción conyugal en el caso antedicho. La frase: "volverán de la misma manera a la mitad legitimaria las deducciones a la porción conyugal", manifiesta inequívocamente la idea de que dichas deducciones se acumulan a la mitad legitimaria, para que, de la misma manera que la legítima del legitimario que faltó, contribuyan a formar la porción conyugal.

Agrega el autor, que si las expresadas deducciones se acumulasen a la mitad legitimaria después de sacada la porción conyugal, ya no volverían de la misma manera que la cuota del legitimario que faltó, toda vez que esa cuota vuelve o se agrega precisamente para contribuir a formar la porción conyugal, es decir, antes de formarse ésta y no después (92).

Reconoce Fabres que la palabra "volverán", que emplea el inciso segundo del artículo 1190, considerada aisladamente puede sugerir la idea de que las deducciones han debido salir de la mitad legitimaria, para computar la porción conyugal, y sólo vuelven o se reintegran a dicha mitad después de efectuado el cálculo, no pudiendo, en consecuencia, aprovechar al cónyuge.

Sin embargo —agrega el autor—, las expresiones "de la misma manera", que emplea el Código a continuación, son incompatibles con esta idea y sientan claramente la conclusión de que las deducciones a la porción conyugal vuelven a la mitad legitimaria en la misma forma, en el mismo momento y con el mismo objeto que la cuota del legitimario que faltó, de que trata el inciso primero, o sea, para contribuir a formar la porción conyugal. En este aspecto, la frase "de la misma manera" sólo tiene por objeto ex-

(92) FABRES. Obra citada, Tomo II, página 152.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

217

tender, a las deducciones de que trata el inciso segundo, la misma regla que el inciso primero aplica a la cuota del legitimario que faltó, es decir, que tanto la cuota del legitimario que faltó como las deducciones "se agregarán a la mitad legitimaria y contribuirán a formar la porción conyugal en el caso del artículo 1178 inciso segundo".

2) Refuerza esta conclusión el análisis combinado de los artículos 1185, 1178 inciso segundo y 1190 de nuestro Código Civil.

Al decir de Fabres, en materia de acumulación de las deducciones a la porción conyugal es preciso distinguir dos ideas capitales: la manera en que se hace la acumulación y el tiempo o momento en que debe ella efectuarse. Estas dos ideas aparecen contenidas en el artículo 1185 en forma general, para las deducciones de toda porción conyugal, sea cual fuere el orden de sucesión de legitimarios, y también aparecen contenidas en el artículo 1190, pero sólo para el caso en que el cónyuge concurre en el orden de los descendientes legítimos.

Con respecto a la primera de tales ideas, esto es, en cuanto "a la manera de acumular las deducciones a la porción conyugal", hay entre ambos preceptos notorias diferencias: mientras el artículo 1185 dice que tales deducciones "se acumularán imaginariamente al acervo líquido", el artículo 1190 expresa que ellas "volverán a la mitad legitimaria". Como el artículo 1185 es una regla general, que rige en todos los órdenes de sucesión, y el artículo 1190 es una regla especial aplicable sólo cuando hay descendientes legítimos, pues únicamente se refiere al "caso del artículo 1178 inciso segundo", prácticamente no hay conflicto entre ambos preceptos y el segundo prevalece sobre el primero cuando concurren a la herencia descendientes legítimos.

¿Qué ocurre con la segunda de las ideas capitales de que habla Fabres, es decir, el factor tiempo, momento u oportunidad en que deben acumularse las deducciones?

El aludido autor afirma que el artículo 1190 no ha modificado en forma alguna al artículo 1185 en lo relativo a este segundo punto, o lo que es lo mismo, que en uno y otro caso las deducciones deben acumularse, sea al acervo líquido o a la mitad legítima-

ria", antes de la computación y pago de la porción conyugal" y, en consecuencia, el cónyuge aprovecha de la acumulación de las deducciones.

3) Interpretando los artículos 1178 inciso segundo y 1185, de manera que haya entre estas dos partes del Código Civil la debida correspondencia y armonía —regla de hermenéutica que consagra el inciso primero del artículo 22 del mismo Código— hay que llegar también a la conclusión de que la porción conyugal debe aumentarse en la misma proporción en que aumenten las legítimas rigorosas, salvo, naturalmente, que la propia ley disponga lo contrario en casos especiales.

En efecto, el artículo 1185 dice claramente que las deducciones a la porción conyugal se acumularán imaginariamente al acervo líquido "para computar las cuartas de que habla el artículo precedente". El artículo precedente, es decir, el 1184, luego de establecer que el acervo se divide en dos mitades y que una de dichas mitades, previas las deducciones del artículo 959 y las agregaciones de los artículos 1185 y 1186, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, agrega: lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa. El inciso tercero, por su parte, establece que el acervo debe dividirse en cuatro porciones, previas las mismas deducciones y agregaciones, y añade literalmente que "dos de ellas, o sea, la mitad del acervo, será para las legítimas rigorosas".

Nadie puede discutir —en opinión de Fabres—, que las deducciones a la porción conyugal deben acumularse previamente para calcular las legítimas rigorosas, según se dispone en estos dos artículos.

¿Qué establece, por su parte, el inciso segundo del artículo 1178? Simplemente, que la porción conyugal es igual a la legítima rigorosa de un hijo, cuando concurren a la herencia descendientes legítimos.

Por consiguiente, si las deducciones a la porción conyugal se acumulan antes de calcular las legítimas rigorosas e incrementan su monto, también deben acumularse antes de calcular dicha porción conyugal e incrementar su monto, por ser éste el único medio de guardar entre los artículos 1184, 1185 y 1178 inciso segundo, la debida correspondencia y armonía que exige el legislador.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

219

4) El procedimiento inverso, el privar del acrecimiento de las deducciones a la porción conyugal y reservarlo exclusivamente para los hijos legítimos, viola el inciso segundo del artículo 1178, pues concede al cónyuge sobreviviente una porción inferior a la legítima rígorosa de un hijo.

Hay que concluir, por consiguiente —expresa Fabres—, que el cónyuge aprovecha de tales deducciones, precisamente porque es asignatario de legítima rígorosa.

5) La conclusión afirmativa, al decir de su autor, es más lógica y equitativa y es la que mejor concuerda con el espíritu general del Código Civil.

Es más lógica y concordante con el sistema del Código, porque somete a la porción conyugal a una misma regla en todos los órdenes de sucesión de legitimarios, ya que, si el artículo 1185 beneficia al cónyuge con la acumulación de las deducciones cuando no hay descendientes legítimos —según la conclusión del autor— no se divisa razón legal alguna para no reconocerle el mismo beneficio cuando concurre con los descendientes legítimos del difunto.

Por otra parte, nadie discute que el sistema ideado por don Andrés Bello en esta materia es un todo orgánico y armonioso. En efecto, cuando el legislador impone a todo el acervo el gravamen de la porción conyugal, por no haber descendientes legítimos, beneficia igualmente a la totalidad de aquel acervo, como una especie de compensación, con las deducciones a dicha porción, según aparece del artículo 1185 de nuestro Código. Recíprocamente, cuando grava solamente la mitad legitimaria con el peso de la porción conyugal, por haber descendientes legítimos, también favorece sólo a esa mitad legitimaria con la acumulación de las deducciones, según se desprende de los artículos 1178 inciso segundo y 1190 de nuestro Código.

¿No guarda más armonía con este sistema la doctrina que tiende a nivelar entre sí a los hijos legítimos y al cónyuge, repartiendo entre unos y otros las deducciones a la porción conyugal, que aquella que establece entre ellos una diferencia odiosa, al privar al cónyuge del beneficio de tales deducciones para concedérselo exclusivamente a los hijos? Por último, si se tiene en cuenta

—como lo hace Fabres—, que la porción conyugal es una asignación alimenticia concedida a quien carece de lo necesario para su congrua sustentación, resulta más equitativo hacerlo participe de las antedichas deducciones que privarlo de ellas en absoluto.

6) Finalmente, Fabres manifiesta que la regla general es que el cónyuge disfrute de los mismos beneficios de que gozan los legitimarios, y la excepción es que sea privada de ellos, en los casos expresa y taxativamente señalados en la ley, como ocurre con el del inciso tercero del artículo 1191.

Por consiguiente, en caso de duda, la solución debe buscarse en la regla general, y no en la excepción y debe ser favorable y no contraria a los derechos del cónyuge sobreviviente.

Basado en este fundamento, Fabres sostenía que el cónyuge, por ser asignatario de legítima cuando concurre con descendientes legítimos, debía participar de la acumulación de lo que el causante había dado irrevocablemente en razón de legítimas o de mejoras, de acuerdo con el artículo 1199 de nuestro Código.

Por la inversa, Aguirre Vargas afirmaba que la regla general era la contraria y que el cónyuge, por no ser asignatario de legítima ni de mejoras, no participaba del acrecimiento previsto en dicho artículo.

La reforma introducida por la Ley N.º 10.271, del 2 de Abril de 1952, al artículo 1199 tantas veces citado, vino, a nuestro modo de ver, a reforzar el último de los argumentos de Fabres, al declarar, en forma expresa, que el cónyuge aprovecha precisamente de las mencionadas donaciones irrevocables hechas a legitimarios.

En efecto, estudiadas antes de la reforma las agregaciones que podía experimentar el acervo según el artículo 1185, desde el punto de vista del cónyuge sobreviviente, se llegaba a la conclusión de que éste sólo excepcionalmente aprovechaba de ellas. En cambio, estudiadas dichas agregaciones después de la reforma, hay que llegar a la conclusión inversa de que, en la actualidad —como sostenía Fabres—, la regla general es que el cónyuge aproveche de los mismos incrementos que benefician a los legitimarios, y la excepción es que sea privado de ellos.

En el sistema actual, el cónyuge aprovecha de las donaciones revocables, por hallarse comprendidas entre los bienes del difun-

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

221

to; de las donaciones irrevocables hechas a legitimarios en razón de legítimas y de mejoras por disponerlo así el nuevo artículo 1199; y de la cuota del legitimario que falta, por establecerlo el inciso primero del artículo 1190. En cambio, no aprovecha del acrecimiento proveniente de la cuarta de mejoras o de libre disposición, cuando el causante no dispuso eficazmente de ellas, por ordenarlo así el inciso tercero del artículo 1191, y tampoco aprovecha de la cantidad en que las donaciones en razón de legítimas exceden a la mitad legitimaria, de acuerdo con el precepto del artículo 1193.

No hemos tocado las donaciones irrevocables hechas a extraños ni las deducciones a la porción conyugal, porque unas y otras están sujetas a discusión y no hay consenso unánime en concluir si aprovechan o no aprovechan al cónyuge sobreviviente.

Cabe observar, por último, que la reforma introducida al artículo 1199, por la Ley N.º 10.271, en beneficio del cónyuge sobreviviente, ya había sido propuesta por Fabres en sus obras hace medio siglo (93).

81.—**Doctrina de Aguirre Vargas.**—El segundo punto que separó doctrinariamente a Aguirre Vargas de José Clemente Fabres, en el ejercicio de la cátedra primero y en sus obras más tarde, fué precisamente el relativo al cálculo de la porción conyugal complementaria en el orden de los descendientes legítimos.

Para el primero de los autores mencionados, la acumulación de las deducciones a la porción conyugal no aprovecha al cónyuge sobreviviente y debe hacerse a la mitad legitimaria con posterioridad al cómputo de dicha porción, por las siguientes consideraciones:

a) Con respecto al primero de los argumentos de Fabres, el autor que nos ocupa sostiene que no es efectivo que el inciso segundo del artículo 1190, al emplear la frase "volverán de la misma manera", haya querido significar que las deducciones a la porción conyugal "vuelven con el mismo objeto" que la cuota del legitimario que falta, de que trata el inciso primero de dicho artículo.

Esta interpretación equivale —al decir de Aguirre Vargas—, a transformar una modificación de modo en otra de fin o de ob-

(93) FABRES. Obra citada, Tomo II, página 136.

jeto. La expresión "volverán de la misma manera" equivale a "volverán también, asimismo, igualmente, etc." adverbios o complementos que expresan cierta hilación conjuntiva de ideas. De la misma manera no es una modificación que altere o destruya el significado de la palabra volverán, como pretende Fabres, ya que, de acuerdo con su tesis, se llega al absurdo de que "la parte de una cosa que ha salido volvería al punto de donde salió para aumentar una cosa que ya no está allí".

Es cierto, —reconoce Aguirre Vargas—, que hay analogía entre el caso contemplado en el inciso primero del artículo 1190 y el caso contemplado en el inciso segundo, pero ello no significa que haya identidad. "Hay analogía, porque así como en cuanto un legitimario falta, su porción debe agregarse a la mitad legitimaria, a esta parte del caudal de donde se sacan las legítimas; así también, en cuanto el cónyuge es inhábil para recibir su porción íntegra, en cuanto ésta debe rebajarse, la deducción o la rebaja debe agregarse a la misma mitad legitimaria, a la misma parte del caudal de donde ha salido dicha porción íntegra". Pero hay diferencias entre ambos casos, pues mientras la cuota del legitimario que falta se agrega para aumentar las legítimas y la porción conyugal, las deducciones vuelven sólo para aumentar las legítimas.

Esta es la explicación, —según Aguirre Vargas—, de que un artista del lenguaje como el autor del Código Civil, empleara en el inciso primero del artículo 1190 la expresión "se agregará" y en el inciso segundo "volverán". Además, la frase "de la misma manera" no tiene otro alcance que fijar la forma en que vuelven a la mitad legitimaria las deducciones, que es la misma forma en que se agrega a la referida mitad la cuota del asignatario que falta. Así como en el inciso primero esa cuota se agrega a la mitad legitimaria para formar las cuotas de los otros asignatarios, con exclusión del legitimario inhábil, así en el inciso segundo las deducciones deben "volver de la misma manera" a dicha mitad, para incrementar las porciones de los demás asignatarios, con exclusión del cónyuge.

b) Concuera Aguirre Vargas con la afirmación de Fabres, en el sentido de que los artículos 1185 y 1190 contienen una misma regla en cuanto al tiempo o momento en que se acumulan al acervo las deducciones a la porción conyugal.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

223

Pero, para él, "cuando el cónyuge no concurre con descendientes legítimos, haya o no legitimarios, las deducciones de la porción conyugal se acumulan al acervo líquido (artículo 1185); y por lo tanto su acumulación no aprovecha al cónyuge para el cómputo de la porción conyugal, porque esta porción conyugal (artículo 959) se saca antes de formado el acervo imaginario, antes de constituido el acervo líquido y precisamente para constituir este último acervo".

Confirma este aserto el texto primitivo del Proyecto de Bello, según el cual la porción conyugal "se deduce del cuerpo de bienes de la misma manera que las deudas, antes de proceder a la deducción de las legítimas". Idéntica idea capital, en lo tocante al momento de acumular las deducciones, fluye también del artículo 1190 cuando hay descendientes legítimos, es decir, en uno y en otro caso la acumulación es posterior al cómputo de la porción conyugal y no puede beneficiar a ésta, en tanto que Fabres sostiene que en ambos casos la acumulación es anterior (94).

c) Refiriéndose al tercero de los argumentos de Fabres, de que el cónyuge debe recibir siempre una porción igual a la legítima rigorosa, precisamente por ser asignatario de legítima, Aguirre Vargas sostiene que esta afirmación es equivocada.

A su juicio, decir que el cónyuge es asignatario de legítima equivale a expresar que es legitimario, lo que no resiste el menor examen. En primer término, el cónyuge no es asignatario de legítima ni legitimario, en el orden de los descendientes legítimos, porque no está comprendido en la enumeración taxativa que el artículo 1182 hace de los legitimarios. En segundo término, la historia fidedigna del establecimiento de la ley comprueba que el cónyuge, en cuanto asignatario de porción conyugal, no fué considerado como heredero o asignatario a título universal y, en consecuencia, mal podía ser considerado legitimario. En efecto, en el Proyecto de la Comisión Redactora del Código Civil, al pie del artículo correspondiente al actual 1178, figura una nota que dice literalmente: "En virtud de este inciso y del artículo que sigue no se consideraría la porción conyugal como una asignación a título universal, ni el cónyuge que la recibiese como heredero".

(94) AGUIRRE VARGAS. Obra citada, páginas 219 a 221.

Es un error creer —agrega el autor—, que en este orden de sucesión la porción conyugal se confunde o identifica con la legítima rigorosa. Lo único que ha hecho el legislador es tomar a esta legítima rigorosa como punto de referencia o unidad de medida para fijar el monto de la porción conyugal, pero cuidando siempre de mantener las diferencias que existen entre ambas instituciones. Prueba de ello es que, en el Mensaje, el legislador dice que la porción conyugal se mide por la legítima rigurosa de los hijos legítimos cuando los hay, como asimismo en el artículo 1178 inciso segundo, luego de establecer que el cónyuge será contado entre los hijos, como si previera don Andrés Bello el peligro de una confusión o identificación entre uno y otro, agrega que recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo.

Esto demuestra que el cónyuge no recibe a título de legítima la porción conyugal, como cree Fabres, sino a título de porción conyugal la legítima, que no es lo mismo. Por consiguiente, carecen también de base las otras dos afirmaciones de la doctrina contraria y no es exacto, por una parte, que la porción conyugal deba calcularse al mismo tiempo que las legítimas rigurosas ni, por la otra parte, que dicha porción deba incrementarse siempre en la misma proporción y con los mismos aumentos o acumulaciones que benefician a las legítimas.

En cuanto a lo primero, Aguirre Vargas sostiene que el legislador establece dos operaciones: a) la primera destinada a calcular la porción conyugal teórica, que consiste en dividir la mitad legitimaria por el número de hijos más el cónyuge; gracias a esta primera operación queda determinada la porción conyugal y, restando a ella las deducciones, queda también determinado el complemento; b) la segunda, encaminada a calcular las legítimas rigurosas, que consiste en dividir dicha mitad legitimaria menos el complemento —las deducciones han vuelto a ella— por el número de hijos legítimos.

En cuanto a lo segundo, tampoco es efectivo que la porción conyugal deba ser siempre igual a la legítima rigorosa que perciba en definitiva cada hijo, ya que, como ocurre con la formación de los acervos imaginarios, las acumulaciones de las donaciones irrevocables hechas a legitimarios o a extraños sólo benefician, según su opinión, a los hijos y no al cónyuge y determinan, por consi-

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

225

guiente, que aquéllos reciban una legítima rigurosa de monto superior a la porción conyugal (95). Esto mismo ocurre, a juicio del autor, con las deducciones a la porción conyugal.

d) Al rebatir el argumento cuarto de la doctrina de Fabres, el autor afirma que su conclusión, si bien puede ser aparentemente contraria al tenor literal del artículo 1178 inciso segundo, es la que mejor concuerda con la regla del artículo 1172, que define la porción conyugal como "una parte del patrimonio de una persona difunta", y con el carácter alimenticio de ella, que no permite tomar en consideración los recursos económicos del acreedor para aumentar el gravamen del deudor, sino para disminuirlo.

e) No es la doctrina de Fabres, sino la que estamos exponiendo —afirma Aguirre Vargas—, la más lógica, equitativa y concordante con el sistema de nuestra legislación.

Es más lógica, porque en virtud de ella no se aumenta el acervo del difunto con bienes de un patrimonio ajeno, ni se altera o invierte el sentido natural y obvio de la expresión "volverán" que emplea el artículo 1190 en su inciso segundo. Es más equitativa, porque en virtud de ella no se obliga a los hijos legítimos —los más favorecidos de todos los legitimarios dentro del sistema del Código Civil—, a compartir las deducciones a la porción conyugal con el cónyuge sobreviviente. Finalmente, esta doctrina es más concordante con el sistema del Código Civil, porque se ajusta a lo que establecen los artículos 959 y 1185 para el cómputo de la porción conyugal, cuando no hay descendientes legítimos.

En efecto, hemos visto que, según la opinión de Aguirre Vargas, tales preceptos establecen claramente que la porción conyugal es una baja general, en el orden de los descendientes legítimos, que junto con las otras cuatro del artículo 959 se saca antes de que el acervo quede líquido. Como el artículo 1185 ordena acumular a dicho acervo líquido las deducciones a la porción conyugal, es indiscutible que esta porción ya está calculada al procederse a la acumulación. Si éste es el sistema general del C6-

(95) El argumento se refiere al sistema anterior a la reforma introducida al artículo 1199 por la Ley N.° 10.271.

digo en todos los demás órdenes de sucesión —sigue razonando Aguirre Vargas—, hay que conservar el mismo sistema de cómputo de la porción conyugal en el orden de los descendientes legítimos, y concluir que las deducciones de dicha porción sólo vuelven a la mitad legitimaria después de calculada y no pueden aprovecharla.

f) Por último, lo mismo que en los demás órdenes de sucesión, Aguirre Vargas sostiene que en el orden de los descendientes legítimos la conclusión favorable al cónyuge no puede basarse en una interpretación a contrario sensu, por ser demasiado débil y peligrosa.

La circunstancia de que el legislador haya dicho en algunos casos que el cónyuge no aprovecha de ciertos acrecimientos —artículos 1191 y 1193—, no significa necesariamente que deba aprovechar en todos los demás. Con el mismo criterio, podría sostenerse que si el Código Civil necesitó decir expresamente, en el caso del artículo 1190, que el cónyuge participa de la cuota del asignatario que falta, es porque en todos los demás casos la regla es la inversa, —concluye el autor—, lo que demuestra que el argumento no es sólido (96).

Reforzando esta misma doctrina, Alessandri estima que el artículo 1185 no puede invocarse, como lo hace Fabres, para resolver el problema del cómputo de la porción conyugal en el orden de los descendientes legítimos. Para él, dicho artículo está destinado exclusivamente a reglamentar el cálculo de las legítimas y mejoras y no el de la porción conyugal, reglamentada por el Código en el párrafo anterior. En consecuencia, las acumulaciones que el citado artículo contempla no se hacen para computar la porción en estudio, sino "para computar las cuartas de que habla el artículo precedente".

El cálculo de la porción conyugal queda sometido, en el orden de los descendientes legítimos, a la regla del artículo 1190, cuyo inciso segundo dispone claramente que, una vez hecho dicho cálculo, las deducciones vuelven a la mitad legitimaria. Ello significa que tales deducciones ya habían salido de la mitad aludida,

(96) AGUIRRE VARGAS. Obra citada, páginas 143 a 165.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

227

para el cálculo de la porción, "puesto que sólo puede volver a un lugar determinado lo que previamente ha salido de él"; de lo contrario, el legislador habría empleado en el inciso segundo del artículo 1190 la frase "se agregarán" que empleó en el inciso primero, al referirse a la cuota del asignatario que falta (97).

Esta doctrina ha sido también compartida por la mayor parte de los autores chilenos.

82.—Otras doctrinas.—Don Pedro Lira Urquieta ha estimado que, en el orden de los descendientes legítimos, la solución del problema es diferente según sea la clase de bienes que deban deducirse de la porción conyugal.

Si tales deducciones están exclusivamente constituidas por las asignaciones universales o singulares que al cónyuge corresponda percibir en la sucesión del difunto, nadie puede negar que esos bienes deben fatalmente ser tomados en cuenta al calcularse la porción conyugal y, por consiguiente, aprovechan al cónyuge. En cambio, si las deducciones están constituidas por bienes propios del cónyuge sobreviviente o gananciales de la sociedad conyugal habida con el difunto, el señor Lira participa de la opinión de Fabres, si bien reconoce que el problema es sumamente discutible (98).

Debemos hacer notar que, en virtud de la reforma introducida al artículo 1176 por la Ley N.º 10.271, ya no puede seguir sosteniéndose esta solución.

En efecto, como el cónyuge sobreviviente no es heredero abintestato en el orden de los descendientes legítimos, de acuerdo con el artículo 988, y como la porción conyugal ha pasado a ser compatible con cualquiera donación o asignación testamentaria, de conformidad con la nueva redacción del artículo 1176, resulta que en este primer orden de sucesión las deducciones a la porción conyugal jamás podrán consistir en derechos en la sucesión del difunto y necesariamente estarán constituidas por bienes propios del cónyuge sobreviviente o por gananciales de la sociedad conyugal.

(97) VODANOVIC. Obra citada, página 95.

(98) VODANOVIC. Obra citada, página 103.

En consecuencia, ya no será posible hacer el distingo en que el señor Lira basaba su doctrina.

83.—Cálculo de la porción conyugal cuando el cónyuge tiene bienes que igualan o exceden su monto.—Estudiaremos brevemente las diversas situaciones que pueden presentarse cuando el cónyuge sobreviviente tiene bienes o derechos de valor equivalente o superior al monto de la porción conyugal, materia que en la actualidad no presenta problemas de ninguna especie, pero que antes de la reforma de la Ley N.º 10.271 daba lugar a importantes cuestiones.

En primer término, si tales bienes pertenecen exclusivamente al patrimonio del cónyuge sobreviviente, sean del haber propio o de la sociedad conyugal, estaremos en presencia de la porción conyugal ficticia. Esos bienes deben imputarse al pago de dicha porción y, como igualan o exceden su valor, ésta se considera íntegramente cubierta y el cónyuge nada puede reclamar de la sucesión por ese capítulo.

En segundo término, si el cónyuge lleva en la sucesión del difunto, como heredero abintestato, una cuota igual o superior a la porción conyugal teórica —lo que no podrá ocurrir cuando haya descendientes legítimos—, su derecho hereditario se imputa también el pago de dicha porción y nada puede reclamar el cónyuge por este título.

Antes de la reforma introducida al artículo 989 por la Ley N.º 10.271 tantas veces citada, podía ocurrir que los derechos del cónyuge, como heredero abintestato, fueran inferiores al monto de la porción conyugal; ello sucedía cuando él debía concurrir con los ascendientes legítimos y con los hijos naturales del difunto, en que su cuota abintestato ascendía a la quinta parte del acervo, mientras que su porción conyugal era la cuarta parte del mismo. En tal caso, el cónyuge sólo tenía derecho al complemento, a título de porción conyugal, de acuerdo con la regla del artículo 1176.

La modificación introducida a los artículos 989, 990 y 991 ha determinado que, en la actualidad, los derechos del cónyuge como heredero abintestato sean siempre superiores a la porción conyugal y, por consiguiente, la transformen en ficticia.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

229

En el tercer lugar, puede ocurrir que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a percibir de la sucesión del difunto una suma igual o superior a la porción conyugal, a título de donación, legado o herencia testamentaria. En este caso, de acuerdo con el sistema actual, son perfectamente compatibles ambas asignaciones; los derechos concedidos al cónyuge por el testamento no se imputan a su porción conyugal y éste puede reclamar en conjunto su asignación forzosa y, además, su asignación testamentaria. Naturalmente, esta última no podrá exceder de la parte que la ley considera de libre disposición del testador, pues, en caso contrario, la cláusula correspondiente podría ser objeto de la acción de reforma que corresponde a los legitimarios.

Antes de la reforma de la Ley N.º 10.271, esta tercera situación estaba reglamentada por el artículo 1179 de nuestro Código, en virtud del cual "si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio". Este artículo, que fué suprimido por la Ley N.º 10.271 como una consecuencia de las modificaciones introducidas a los artículos 989 y 1176, creaba en la práctica el problema de determinar si podía el causante hacer compatibles entre sí la porción conyugal y las asignaciones dejadas al cónyuge en la parte de libre disposición.

El señor Fabres se pronunció por la conclusión negativa, en esta grave controversia que dividió al foro y a la magistratura de comienzos del siglo, e hizo en sus obras un estudio profundo y muy completo del artículo 1179.

Considera este autor que, si bien el causante puede asignar a cualquiera persona el total de la parte de libre disposición y, por consiguiente, puede con mayor razón dejarlo a su cónyuge, no puede en cambio asignarle, además, la porción conyugal, porque ésta, por definición, sólo compete al cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación, situación en que no se encuentra el viudo o viuda a quien se ha asignado dicha parte de libre disposición (99).

(99) FABRES. Obra citada, Tomo II, páginas 169 y 261.

La solución contraria fué sostenida primeramente por don Carlos Aguirre Vargas (100), y más tarde por don Luis Claro Solar (101), quienes se fundaron, de preferencia, en el hecho de que la parte de libre disposición —como su propio nombre lo indica—, puede ser asignada a cualquiera persona, y con mayor razón al cónyuge sobreviviente.

El primero de los autores nombrados refutaba la doctrina de Fabres en los siguientes términos: "Permitirle a un testador disponer de una parte considerable de sus bienes en favor de extraños y limitarle el derecho de dejar esos mismos bienes a aquella persona con la cual ha vivido en más íntimo e indisoluble vínculo, con quien, según la expresión de los Libros Santos, ha formado una sola carne, a su cónyuge en una palabra, es más que una consecuencia, es una anomalía; es más que una anomalía, es una enormidad". "Una cosa es que el cónyuge no tenga el derecho de pedir más de lo que le corresponda a título de porción conyugal, y otra muy distinta, que no tenga capacidad de recibir más de lo que le corresponda a título de porción conyugal. La asignación forzosa tiene un límite fijo, determinado por la ley: más allá está la asignación libre, cuyo límite corresponde fijar al testador" (102).

La jurisprudencia de nuestros Tribunales no fué uniforme frente a este problema y, en algunos casos, acogió la doctrina de Fabres (103), pero en otros casos adoptó la tesis contraria (104).

Como hemos dicho, el problema desapareció de nuestra legislación, pues la Ley N.º 10.271 decidió la cuestión en sentido favorable a la doctrina de Aguirre Vargas y agregó al artículo 1176 un tercer inciso, que hace compatible la porción conyugal con cualquiera donación o asignación testamentaria que el cónyuge

(100) AGUIRRE VARGAS. Obra citada, página 291.

(101) CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV, N.º 1409, página 314.

(102) AGUIRRE VARGAS. Obra citada, páginas 291 y 292.

(103) Gaceta de los Tribunales: Año 1892, Tomo II, página 1120, sentencia 3355. Año 1892, Tomo I, página 922, sentencia 1397. Año 1896, Tomo II, página 582, sentencia 3277. Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo XLVI, Sección Primera, página 87.

(104) Gaceta de los Tribunales: Año 1900, página 691, sentencia 751. Año 1911, página 911, sentencia 549. Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo XXXVI, Sección Primera, página 527.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

231

sobreviviente haya de recibir en la sucesión del difunto, suprimiendo al mismo tiempo el artículo 1179.

84.—**Facultad de opción del cónyuge sobreviviente.**—En el caso de la porción conyugal complementaria, el legislador previó las dificultades que podrían presentarse en la práctica entre el cónyuge y los legitimarios, para llegar a determinar el monto o valor monetario de los bienes de aquél que debían deducirse de la porción conyugal y, por consiguiente, el monto del complemento que debía recibir, de acuerdo con el inciso primero del artículo 1176.

Para evitar tales inconvenientes, e impedir que el cónyuge sea privado de porción conyugal por medio de una valuación exagerada de sus bienes y derechos, el artículo 1177 le da la facultad de optar, o por la porción conyugal íntegra, abandonando tales bienes y derechos valuados exageradamente, o por la porción conyugal complementaria, conservándolos.

Cabe preguntarse si este derecho de opción existe en todo caso, cualquiera que sea la relación de valor existente entre los bienes y derechos del cónyuge, por una parte, y la porción conyugal, por la otra.

Algunos autores consideran que el artículo 1177 sólo puede aplicarse en el caso de que, "teniendo el cónyuge sobreviviente bienes de cierta importancia, pudiera dudarse si su valor es igual o mayor que la cuantía de la porción conyugal", y que, en consecuencia, no se refiere al caso contemplado en el artículo 1176 ni se aplica cuando el derecho "al complemento de porción conyugal aparece claramente manifestado con la simple comparación de la cuantía de la porción conyugal con el valor indiscutible de los bienes que tiene el cónyuge sobreviviente" (105).

Se funda esta doctrina en que, de acuerdo con el artículo 1177, los bienes y derechos del cónyuge no son compatibles con la porción conyugal, ya que el legislador dice muy claramente que si éste opta por retener lo que posea o se le deba, está obligado a

(105) CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV, N.º 1406, página 313. VODANOVIC. Obra citada, página 80.

renunciar a la porción conyugal y, por la inversa, si opta por pedir esta última, debe abandonar sus otros bienes y derechos. En cambio, el artículo 1176 dispone expresamente lo contrario y dice que el cónyuge puede retener sus bienes y derechos y, además, reclamar el complemento a título de porción conyugal.

Esta aparente contradicción se soluciona aplicando el artículo 1176 al caso en que los bienes y derechos del cónyuge valen menos que la porción conyugal, y el artículo 1177 al caso en que tales bienes y derechos valen lo mismo o más que la aludida porción, de acuerdo con la doctrina enunciada.

El señor Fabres estima, por el contrario, que entre los artículos 1176 y 1177 no existe contradicción real ni aparente y que el segundo de estos preceptos sólo ha tenido por objeto ampliar o explicar el sentido del primero.

El artículo 1177, a su juicio, es una ley facultativa e importa una autorización con que se trata de favorecer al cónyuge, dejando en sus manos "la facultad de rechazar la tasación que se haga de los bienes que posee o de lo que se le adeuda", cualquiera que sea la relación existente entre dicha tasación y el monto de la porción conyugal. En consecuencia, en el caso del artículo 1176, si el monto del complemento disminuye a causa de que los bienes y derechos del cónyuge han sido tasados por encima de su justo valor, éste podría abandonarlos y reclamar porción conyugal íntegra; igualmente, si los interesados en la sucesión afirman que el cónyuge sobreviviente no tiene derecho a porción conyugal por poseer bienes de valor igual o superior a ella, aquél podría abandonarlos y reclamar porción íntegra.

Como dice el autor de nuestras referencias, "la ley deja al arbitrio del cónyuge sobreviviente, si cree lo contrario de lo que sostienen los otros interesados, la facultad de abandonar sus bienes y derechos y de pedir porción conyugal; y aun cuando el cónyuge se equivoque y sea, por lo tanto, muy verdadera la aseveración de los otros interesados, no podrían éstos hacer tasar los bienes y derechos del cónyuge, y pedir con el resultado de la tasación, que se declare no haber lugar a porción conyugal (106).

(106) FABRES. *Obra citada*, Tomo II, página 35.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

233

El texto mismo del artículo 1177, especialmente en virtud de la reforma de la Ley N.º 10.271, parece dar a entender que la solución no es ni la de Claro Solar, que da derecho de opción al cónyuge exclusivamente cuando sus bienes y derechos valen lo mismo o más que la porción conyugal, ni la de Fabres, que le reconoce este derecho en todo caso, cualquiera que sea la relación entre ambos valores.

En efecto, el nuevo texto del artículo 1177 dice que el cónyuge tiene la facultad de optar entre lo que posea y se le deba o la porción conyugal, "en los casos de los incisos primero y segundo del artículo anterior". El inciso primero del artículo 1176 establece que "por regla general, si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal"; el inciso segundo dispone que se imputarán a la porción conyugal los bienes propios del cónyuge, su mitad de gananciales y sus derechos como heredero abintestato.

De los preceptos citados se desprende que el cónyuge sobreviviente sólo tiene el derecho de optar, cuando sus bienes "no son de tanto valor como la porción conyugal".

Pese a los términos del actual artículo 1177 y a los fundamentos de la doctrina de Claro Solar, nos parece más lógica la conclusión de Fabres y estimamos que el derecho de opción, por su finalidad de proteger al cónyuge de la avaluación exagerada que pudiera hacerse de sus bienes y derechos, debe serle reconocido en todo caso, cualquiera que sea el valor de ellos.

Cabe hacer presente, además, que este derecho de opción depende en absoluto del simple arbitrio o capricho del cónyuge y, por consiguiente, su ejercicio no puede ser entorpecido en forma alguna por los demás interesados en la sucesión, ni aún bajo el pretexto de que los bienes y derechos de tal cónyuge tienen un valor superior a la porción conyugal y lo privan del derecho a ella.

Esta característica del derecho en estudio viene a reforzar la conclusión sostenida en el párrafo precedente, pues si fuera esencial para la facultad de opción que los bienes y derechos del cónyuge tuvieran un valor inferior al de la porción conyugal, como

parece desprenderse de la redacción actual del artículo 1177, sería muy fácil privarlo de dicha facultad atribuyendo a tales bienes y derechos un avalúo excesivo.

Finalmente, es obvio que el valor a que se refiere el artículo 1176 es el puramente pecuniario o venal, y no el afectivo que pudieran tener algunos de los bienes del cónyuge sobreviviente, ya que —como expresa Fabres—, dicho valor influye en el monto definitivo de la porción conyugal y ésta tiene por objeto la congrua sustentación del asignatario, que no puede satisfacerse con valores de afección.

Algunos autores estiman que el artículo 1177 constituye una simple repetición innecesaria de la regla contenida en el artículo 12, en el sentido de que pueden renunciarse todos los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés personal del renunciante y no esté prohibida su renuncia (107). Claro Solar agrega: "por lo que habría sido preferible no consignarlo, desde que la renuncia facultativa de la porción conyugal y de los bienes que tenga el cónyuge sobreviviente no necesitaba consignarse en una disposición expresa, siendo que se halla establecida como principio general la renuncia de los derechos que sólo miran al interés personal del renunciante y cuya renuncia no se prohíbe expresamente" (108).

Estimamos que esta afirmación no es exacta y que, a no mediar el artículo 1177, la sola aplicación del artículo 12 no le habría conferido al cónyuge la facultad de opción que estamos estudiando.

En efecto, la renuncia de que trata el artículo 1177 sólo puede hacerse después del fallecimiento del causante, en conformidad al artículo 1226 de nuestro Código Civil. Por consiguiente, dicha renuncia posterior no le habría permitido al cónyuge reclamar porción conyugal, si no tuvo este derecho al fallecer el causante, por poseer bienes suficientes. A este respecto, el artículo 1175 es terminante y establece que "el cónyuge sobreviviente que al tiempo

(107) AGUIÑE VARGAS. Obra citada, página 109. CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV, N.º 1407, página 313.

(108) CLARO SOLAR. *Ibidem*.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

235

de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza", ni por causa alguna, como expresa el nuevo texto fijado por la Ley N.º 10,271.

En suma, el cónyuge empobrecido posteriormente por la renuncia o abandono de sus propios bienes y derechos, no habría podido reclamar porción conyugal, si el artículo 1177 no hubiera venido a consagrar una verdadera excepción al principio general del artículo 1175, sin perjuicio de que tal renuncia hubiera alcanzado plena validez, de acuerdo con el artículo 12.

En cuanto a la forma y requisitos con que debe realizarse la renuncia de la porción conyugal o el abandono de los bienes y derechos del cónyuge, el legislador no ha dado reglas especiales, por lo que debemos someterlos a las reglas generales, que exigen en el renunciante la libre disposición de sus bienes. Además, cuando recaiga sobre los bienes propios del cónyuge, que de este modo pasan al haber de la sucesión, es indiscutible que la renuncia constituye un título traslativo de dominio.

85.—Responsabilidad del cónyuge por la porción conyugal.
—Ya hemos anticipado en párrafos precedentes que la responsabilidad del cónyuge, por porción conyugal, es distinta según sea la procedencia de los bienes imputados a ella.

Bajo la sola vigencia del Código Civil, el artículo 1180 establecía con respecto al cónyuge tres grados de responsabilidad, a saber: a) la del heredero, cuando el cónyuge recibía alguna asignación a título universal, por cuenta de su porción; b) la correspondiente al marido o a la mujer dentro de la sociedad conyugal, cuando se imputaba a dicha porción la mitad de gananciales; y c) la subsidiaria del legatario, en todo lo demás que el cónyuge pudiera percibir a título de porción conyugal.

El texto del artículo 1180, y especialmente la frase "a título universal" que empleaba su inciso primero, dieron lugar al problema de determinar si el cónyuge que recibía porción conyugal tenía o no la calidad de heredero, problema que Fabres había resuelto en sentido afirmativo (109) y la mayoría de los autores

(109) FABRES. Obra citada, Tomo II, página 226. SALAS. Obra citada, página 44.

chilenos en sentido negativo (110), en virtud de las razones que someramente expusimos en el párrafo 68 letra b) de este trabajo.

La Ley N.° 10.271, consecuente con su propósito de mejorar la condición jurídica del cónyuge sobreviviente, modificó el artículo 1180 y le dió la siguiente redacción: "El cónyuge, en cuanto asignatario de porción conyugal, será considerado como heredero. Sin embargo, en lo que percibiére a este título, sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios. Si se imputare a dicha porción la mitad de ganancias, subsistirá en ésta la responsabilidad que le es propia, según lo prevenido en el Título "De la sociedad conyugal".

La reforma ha venido a modificar el sistema existente, en los siguientes aspectos fundamentales:

1) Se ha reconocido que el cónyuge sobreviviente, por su porción conyugal, si bien no tiene la calidad de heredero del causante, es considerado como tal y, por consiguiente, puede ejercitar todos los derechos correspondientes a dicha calidad, especialmente adjudicarse bienes de la sucesión, provocar la partición, intervenir en el nombramiento de partidor, aprovecharse del aumento de valor de los bienes hereditarios durante la indivisión y, en general, ser considerado comunero en los bienes de la sucesión, junto con los herederos (111).

2) Se ha establecido que el cónyuge, por su porción conyugal, jamás podrá tener la responsabilidad directa de los herederos, sino la responsabilidad subsidiaria, de los legatarios, frente a los acreedores hereditarios.

Ello no es sino una consecuencia de las modificaciones introducidas a los artículos 989, 990 y 991, que han asignado al cónyuge una cuota abintestato en todo caso superior a la porción conyugal, cuando concurre con ascendientes legítimos, hijos naturales o hermanos legítimos del causante, y al artículo 1176, que hizo compatible dicha porción con todas las donaciones o asignaciones testamentarias dejadas al cónyuge sobreviviente.

(110) CLARO SOLAR. Obra citada, Tomo XV., página 338, N.° 1417. VODANOVIC. Obra citada, página 82.

(111) ASSAEL MORRIS. Obra citada, página 166.

DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

237

Con respecto a la responsabilidad emanada de la sociedad conyugal, cuando se imputa a la porción la mitad de gananciales, la situación se ha mantenido inalterable y, por consiguiente, para medir tal responsabilidad por las deudas contraídas durante la vigencia de esa sociedad, habrá que distinguir si el cónyuge sobreviviente es el marido o la mujer.

En el primer caso, la responsabilidad del cónyuge es ilimitada y puede perseguirse íntegramente en todos sus bienes, tanto en los que pertenecían al haber propio cuanto en los que obtuvo como gananciales, de acuerdo con el artículo 1178.

En cambio, si el cónyuge sobreviviente es la mujer, ella puede limitar su responsabilidad por las deudas de la sociedad conyugal hasta concurrencia de su mitad de gananciales, probando el exceso de contribución que se le exija, por medio del inventario y tasación u otros documentos públicos, en conformidad al artículo 1777.

(Continuará)

* * * * *