

CONSORCIO DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

- Prof. GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN – Universidad de Chile
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO – Pontificia Universidad Católica de Chile
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA – Universidad de Concepción
Prof. ÁLVARO VIDAL OLIVARES – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Prof. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN – Universidad Austral
Prof. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA – Universidad de los Andes
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON – Universidad Diego Portales
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS – Universidad Adolfo Ibáñez
Prof. ALFREDO FERRANTE – Universidad Alberto Hurtado
Prof. ALEXIS MONDACA MIRANDA – Universidad Católica del Norte
Prof. RUPERTO PINOCHET OLAVE – Universidad de Talca

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XV

XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
(EDITOR)



THOMSON REUTERS

LA EDICIÓN DE ESTA OBRA ESTUVO A CARGO DE LOS PROFESORES

EDUARDO COURT MURASSO
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
SUSANA ESPADA MALLORQUÍN
ARTURO IBÁÑEZ LEÓN
ESTEBAN PEREIRA FREDES
ALBERTO PINO EMHART
ADRIÁN SCHOPF OLEA
VERONIKA WEGNER ASTUDILLO

COMISIÓN ORGANIZADORA
XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

SR. RAMIRO MENDOZA ZÚÑIGA
Decano

SR. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
Prof. Derecho Civil

SR. EDUARDO COURT MURASSO
Prof. Derecho Civil

SRA. VERONIKA WEGNER ASTUDILLO
Prof. Derecho Civil

SRA. SUSANA ESPADA MALLORQUÍN
Prof. Derecho Civil

SR. ADRIÁN SCHOPF OLEA
Prof. Derecho Civil

SR. ALBERTO PINO EMHART
Prof. Derecho Civil

SR. ARTURO IBÁÑEZ LEÓN
Prof. Derecho Civil

SRTA. FRANCISCA FERNÁNDEZ VILLARROEL
Directora Ejecutiva

EQUIPO COLABORADOR

Constanza Uribe Galaz
Oriana Tordecilla Troncoso
Diego Hurtado Rojas
Andrea Olivares Gallardo
María López Leonelli
Rayén Villar Carvajal
Antonia Messen Busto
Matías Soffia Mendoza
Patricio Espinosa Martínez
Francisca Contardo Pi
Ricardo Núñez Cádiz
Luis Stollsteimer Godoy
Bernardita Kirsten Wegman
Fernanda Cerda Michea

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 1989-2020

I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Termas de Jahuel, 1989, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Barros Bourie, Enrique (coord.), Familia y personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991); Barros Bourie, Enrique (coord.), Contratos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991).

II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 1997, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 19 (1998).

III Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil [I] (Santiago, LexisNexis, 2005).

IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), Estudios de Derecho Civil II (Santiago, LexisNexis, 2007).

V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Guzmán Brito, Alejandro (ed. científico), Estudios de Derecho Civil III (Santiago, LegalPublishing, 2008).

VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Pizarro Wilson, Carlos (coord.), Estudios de Derecho Civil IV (Santiago, LegalPublishing, 2009).

VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), Estudios de Derecho Civil V (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010).

VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coords.), Estudios de Derecho Civil VI (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011).

IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas: Elorriaga De Bonis, Fabián, Estudios de Derecho Civil VII (Santiago, AbeledoPerrot/Thomson Reuters, 2012).

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actas: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo; Goldenberg Serrano, Juan Luis (coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013).

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil IX (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Vidal Olivares, Álvaro; Severin Fuster, Gonzalo y Mejías Alonzo, Claudia (eds.), Estudios de Derecho Civil X (Santiago, Thomson Reuters, 2015).

XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Barría Paredes, Manuel (coord.), Estudios de Derecho Civil XI (Santiago, Thomson Reuters, 2016).

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Maitencillo, 2016, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Manterola Domínguez, Pablo (eds.), Estudios de Derecho Civil XII (Santiago, Thomson Reuters, 2017).

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pucón, 2017, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Bahamon-

des Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor y Pizarro Wilson, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters, 2018).

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo, 2018, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz; Hernández Paulsen, Gabriel; Lathrop Gómez, Fabiola y Tapia Rodríguez, Mauricio (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIV* (Santiago, Thomson Reuters, 2019).

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2019, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas. Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Thomson Reuters, 2020).

ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN	XIII
CONFERENCIA INAUGURAL	
SAVIGNY REVISITADO..... <i>Antonio Bascuñán Rodríguez</i>	3
PRIMERA PARTE TEORÍA GENERAL Y PERSONAS	
ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES SOBRE EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE CON DISCAPACIDAD..... <i>Yerko Cubillos Román</i>	31
LAS FICCIONES EN EL DERECHO MODERNO	51
<i>Alejandro Guzmán Brito</i>	
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APORTE FUNDACIONAL..... <i>Eduardo Irribarra Sobarzo y Francisca Leitao Álvarez-Salamanca</i>	55
AUTONOMÍA, DIGNIDAD Y DECISIONES POR TERCEROS EN EL ÁMBITO MÉDICO	63
<i>María Agnes Salah Abusleme</i>	

SEGUNDA PARTE
FAMILIAS

<p>CÓMO REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA POR RAZONES ALTRUISTAS</p> <p><i>Laura Alborno Pollmann</i></p>	83
<p>¿DISPONE VERDADERAMENTE EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL DE UN RÉGIMEN DE BIENES? LA PROBLEMÁTICA INTEGRACIÓN DE LAS REGLAS DE LA COMUNIDAD.....</p> <p><i>Pablo Cornejo Aguilera</i></p>	99
<p>LA SEXUALIZACIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD Y LA REACCIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO</p> <p><i>Erika Isler Soto</i></p>	119
<p>RELACIONES DE CUIDADO Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....</p> <p><i>Fabiola Lathrop Gómez</i></p>	133
<p>RELACIONES ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y EL INTERÉS DE LA MADRE Y EL INTERÉS DEL PADRE EN LOS SUPUESTOS DE AUTORIZACIONES JUDICIALES PARA SALIDAS PROLONGADAS O DEFINITIVAS AL EXTRANJERO, EN LOS CASOS EN QUE LA MADRE ES TITULAR DEL CUIDADO PERSONAL...</p> <p><i>Alexis Mondaca Miranda</i></p>	143
<p>ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL ADULTERIO Y LOS ALIMENTOS LEGALES.....</p> <p><i>Mario Opazo González</i></p>	161
<p>EL ENTORNO FAMILIAR DEL HIJO Y LA RELACIÓN CON SUS PARIENTES CERCANOS, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA.....</p> <p><i>Susan Turner Saelzer</i></p>	175
<p>ACERCA DE LA (IN)VALIDEZ DE LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL DE LOS ACUERDOS SOBRE AUTORIZACIONES (EXPRESAS) PARA LA SALIDA DEL PAÍS DE MENORES DE EDAD.....</p> <p><i>Veronika Wegner Astudillo</i></p>	187

TERCERA PARTE

BIENES

LAS “ACCIONES DE DOMINIO” DEL ARTÍCULO 900 DEL CÓDIGO CIVIL.....	209
<i>Jaime Alcalde Silva</i>	
LA RENUNCIA AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE BIENES INMUEBLES EN EL ORDENAMIENTO CHILENO	237
<i>Claudia Bahamondes Oyarzún</i>	
NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA POR LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES LEGALES	255
<i>Carlos Céspedes Muñoz</i>	
HIPOTECA SOBRE BIEN PROPIO DEL ACREEDOR. EL PAGO CON SUBROGACIÓN DEL ART. 1610 N° 2 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PRINCIPIO <i>NEMINI RES SUA PIGNORI ESSE POTEST</i>	269
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
¿NO PASARÁN? PROCEDENCIA DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA PARA PROTEGER UNA SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO	285
<i>Arturo Ibáñez León</i>	
EL DECRETO LEY N° 2.695 Y LA SITUACIÓN DEL COMUNERO.....	305
<i>Gonzalo Montory Barriga</i>	
LA ANOTACIÓN DEL TÍTULO EN EL REPERTORIO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES: DESDE EL ORDEN CRONOLÓGICO A LA PREEMINENCIA O EFICACIA DE LA ANOTACIÓN	315
<i>Yasna Otárola Espinoza</i>	
¿POR QUÉ REPENSAR LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA? EL CASO DE LAS INSCRIPCIONES PARALELAS.....	327
<i>Esteban Pereira Fredes</i>	
USUFRUCTO SOBRE COSA AJENA PARA FINES DE GARANTÍA	347
<i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i>	

CUARTA PARTE
SUCESIONES

DOS CUESTIONES SOBRE LA NULIDAD DEL TESTAMENTO.....	375
<i>Manuel Barria Paredes</i>	
EL CUIDADO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA: DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SUCESIÓN INTESTADA	387
<i>Susana Espada Mallorquín</i>	
LIBERTAD DE TESTAR Y LA SIMULACIÓN EN LAS LEGÍTIMAS	399
<i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i>	
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY N° 16.271, EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN Y DISPOSICIÓN DE DINERO, EN CIERTOS CASOS ESPECÍFICOS, POR SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE	417
<i>Cristián Larratn Pérez</i>	

QUINTA PARTE
OBLIGACIONES

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN LAS PRESTACIONES MUTUAS	429
<i>Rodrigo Barria Díaz</i>	
LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES. HACIA UN AMPLIO RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO CHILENO	449
<i>Daniel Bravo Silva</i>	
DESATANDO NUDOS: PERFECCIONAMIENTO Y OPONIBILIDAD DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS	467
<i>Carlos Correa Robles</i>	
REQUISITOS DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS	485
<i>Gabriel Hernández Paulsen</i>	
LA PROPAGACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	503
<i>Pamela Mendoza Alonzo</i>	

DEBERÍAS HABER PREGUNTADO PRIMERO: LAS LICENCIAS HIPO-
TÉTICAS EN EL DERECHO CHILENO 515
Alberto Pino Embart

LA INCORPORACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO DE LA
TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES: ALGUNAS
DISTINCIONES NECESARIAS 531
Ruperto Pinochet Olave

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LIBERTAD CONTRACTUAL, UNA
PAREJA DISPAREJA 545
Carlos Pizarro Wilson

SEXTA PARTE
CONTRATOS

LA COLABORACIÓN DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE LARGA
DURACIÓN 561
María Graciela Brantt Zumarán

UTILIDAD DE LAS RECONVENCIONES ESTABLECIDAS EN EL AR-
TÍCULO 1977 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA TERMINACIÓN DEL
ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES URBANOS Y RÚSTICOS
POR NO PAGO DE RENTAS 579
Juan Ignacio Contardo González

LA ENTREGA DE MERCADERÍAS EN LOS PUERTOS: ¿UN CONTRATO
DE DEPÓSITO NECESARIO ENTRE SU VENDEDOR Y EL OPERADOR
PORTUARIO? 593
Fabián Elorriaga De Bonis

EL DOLO RECÍPROCO EN EL DERECHO CHILENO 605
Manuel Grasso

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS
ENTRE PROFESIONALES EN EL DERECHO CHILENO 623
Rodrigo Momberg Uribe

	Página
CONFIGURANDO LA FUERZA MORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS: UN DEBATE ABIERTO EN TORNO AL CONCEPTO DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO CHILENO	635
<i>Pamela Prado López</i>	
EL PRECIO Y LAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN.....	653
<i>María Sara Rodríguez Pinto</i>	
UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO DOGMÁTICA AL ARTÍCULO 1563, INCISO PRIMERO. LA NATURALEZA DEL CONTRATO COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.....	665
<i>Francisco Rubio Varas</i>	
LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD EN EL DERECHO DE CONTRATOS	685
<i>Adrián Schopf Olea</i>	
CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN <i>AD NUTUM</i> , SERVICIOS DE LARGA DURACIÓN Y BUENA FE OBJETIVA.....	709
<i>Gonzalo Severin Fuster</i>	
EL RIESGO DE LA COSECHA FUTURA Y DE LA PRODUCCIÓN EN EL CONTRATO AGRÍCOLA. DESDE LA EXISTENCIA DEL PRODUCTO AGRÍCOLA A LA FALTA DE ENTREGA POR PARTE DEL PRODUCTOR.....	731
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	

SÉPTIMA PARTE

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIVADO DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	753
<i>Enrique Barros Bourie</i>	
LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LAS ACCIONES COLECTIVAS MASIVAS: ¿UNA PROMESA INCUMPLIDA?.....	783
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i>	

PUBLICIDAD LEGIBLE, COMPRENSIBLE Y SIN LETRA CHICA. JUSTIFICACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA INTEGRACIÓN PUBLICITARIA.....	799
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Felipe Ignacio Fernández Ortega

EL CRÉDITO DE CONSUMO OFRECIDO AL CONSUMIDOR VULNERABLE: EL DEBER DE ADECUACIÓN COMO PARTE DE UN MODELO DE CORRESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR	817
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Juan Luis Goldenberg Serrano

LA TUTELA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DESDE EL DERECHO CIVIL CHILENO	839
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Patricia Verónica López Díaz

OCTAVA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL

LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. CONTORNOS A LA LUZ DE SUS REQUISITOS	869
---------------------------------------------------------------------------------------	-----

Cristian Aedo Barrena

EN TORNO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO: DISTINCIÓN ENTRE PROBLEMAS COMUNES Y ESPECIALES	885
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Carmen Domínguez Hidalgo

LOS DAÑOS FUTUROS EN EL DERECHO CHILENO: DE LAS CONDENAS PECUNIARIAS A LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES	901
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Hugo Cárdenas Villarreal

ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CHILE.....	913
------------------------------------------------------------------------------	-----

Eduardo Court Murasso

PROVECHO DEL DOLO AJENO Y DOLO DE TERCERO: DOS VISIONES DIFERENTES DE LA INDEMNIZACIÓN	929
----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Alfredo Ferrante

	Página
ACTIVIDADES PELIGROSAS Y TECNOLOGÍA: DELIMITANDO CATEGORÍAS Y REPENSANDO REACCIONES DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	957
<i>María Paz Gatica Rodríguez</i>	
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, UN RÉGIMEN ESPECIAL	975
<i>Marco Antonio Rosas Zambrano</i>	
ALGUNOS PROBLEMAS DE CAUSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL 27F.....	995
<i>Lilian San Martín Neira</i>	
DAÑO MORAL COLECTIVO	1015
<i>Mauricio Tapia Rodríguez</i>	
RESPONSABILIDAD CIVIL POR FRAUDE BANCARIO.....	1041
<i>Feliciano Tomarelli Rubio</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	1071

LIBERTAD DE TESTAR Y LA SIMULACIÓN EN LAS LEGÍTIMAS

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS*

La sociedad del siglo XXI es una sociedad abierta donde se privilegia la autonomía de los sujetos. La familia puede constituirse a través del matrimonio, de la convivencia civil o simplemente por convivencia de hecho. Es una opción tener hijos y se elige el número que se desea. El promedio de vida de las personas está cerca de los 80 años, o sea, cuando ellos mueren, sus hijos están cerca de ser también adultos mayores. Esta descripción debe ser contrastada con la regulación en materia sucesoria, para verificar si responde a los requerimientos de la sociedad actual.

El sistema sucesorio no ha experimentado ningún cambio trascendental desde 1855, como ha ocurrido en otras materias del derecho civil, específicamente con el derecho familia. Solo se ha modificado por rebote debido a los cambios incorporados por las leyes referentes a la familia. Así, la Ley N° 10.271 de abril de 1952, amplió los derechos hereditarios de los hijos naturales en la herencia de su padre o madre; la Ley N° 18.802 de 8 de junio de 1989, agregó como asignatario de cuarta de mejoras al cónyuge sobreviviente; la Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998, estableció la plena igualdad de los hijos como asignatarios de legítima y de cuarta de mejoras e incorporó al cónyuge sobreviviente como legitimario; y la Ley N° 20.830 de 22 de octubre de 2015 que creó el Acuerdo de Unión Civil, reconoció al conviviente civil los mismos derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente.

* Profesora titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Dirección postal: Av. Santa María 076, Providencia. Código postal: 7520405. Correo electrónico: maricruz@derecho.uchile.cl.

En todos los ordenamientos jurídicos se reconoce la libertad para testar. Por esta se entiende la facultad que se reconoce a las personas de decidir el destino de sus bienes con preferencia a la designación que realiza el legislador, la cual opera, entonces, como ordenación subsidiaria de la sucesión. Esta se considera un principio fundamental del derecho de sucesiones.¹ No obstante, cosa diferente es la libertad para decidir el contenido del testamento.

A partir de este supuesto existen diferentes sistemas que otorgan, en una mayor o menor medida, la libertad para determinar el contenido del testamento. Entre ellos, podemos identificar fundamentalmente dos sistemas: uno que aplica el principio de autonomía de la voluntad a rajatabla, en el cual se otorga libertad absoluta de testar; y otro en donde el principio de la autonomía está restringido, es decir, existe libertad limitada para disponer libremente de sus bienes.

El primer sistema sucesorio reconoce a las personas la facultad de distribuir sus bienes con completa libertad entre aquellas personas que se desee nombrar o designar como beneficiarios con el testamento y no solo para distribuir entre ellas los bienes, sino también la posibilidad de establecer la forma que más le parezca.² En este modelo, el testador no tiene la obligación de reservar cierta parte de la herencia o determinados bienes para algunos parientes en particular.³ Asimismo, al existir libertad de testar, no existe la figura del desheredamiento. Ella no tiene justificación, pues basta que el causante no deje bienes a la persona que hubiere querido desheredar. Tampoco proceden las acciones que protegen las legítimas, como son la de reforma del testamento y de inoficiosa donación.⁴

El otro sistema, es aquel que, aun consagrando la libertad de testar, contempla limitaciones importantes a la facultad de hacerlo. Fundamentado en el interés de la familia, partiendo del supuesto que ninguna persona construye su patrimonio solo durante su vida, sino que lo hace con la ayuda de su cónyuge u otros parientes cercanos, restringe la libertad del causante a través de asignaciones de carácter obligatorio, sin permitir su omisión por parte

¹ VAQUER (2015), p. 6.

² Este sistema se incorpora en los países del *common law* como Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda. También lo tienen varios Estados de los Estados Unidos y países centroamericanos, como México, Costa Rica y Guatemala.

³ Ver ELORRIAGA (2015), p. 385.

⁴ BARRÍA (2017).

del causante.⁵ La herencia es presentada como un instrumento de cohesión familiar: transmitida de generación en generación, los bienes son el símbolo de la continuidad y de la permanencia familiar.⁶

El ordenamiento jurídico chileno ha optado históricamente por dar predominio a la protección del interés de la familia. Se fundamenta lo anterior señalando que convergen dos intereses. Por una parte, el interés del causante, en cuanto a determinar el destino que va a tener su patrimonio después de su muerte. Por otra, el interés de los parientes más cercanos, quienes de manera directa o indirecta han contribuido a la construcción de dicho patrimonio. De ello se concluye que el testador tiene libertad limitada para disponer de sus bienes si existen asignatarios forzosos, que son las personas más cercanas al causante. A estas asignaciones se les otorga una protección especial, por cuanto, si el testador no las respeta, serán suplidas “aun con perjuicio de disposiciones testamentarias expresas” (art. 1167 del Código Civil). Justifican “la protección que el legislador otorga a las asignaciones forzosas porque se presume que estos asignatarios van a tener una conducta acorde con los cercanos lazos familiares que unen al causante basado en el respeto recíproco”.⁷ Estas situaciones muchas veces no se dan, teniendo los legitimarios una conducta desleal y sin respeto con el causante; muy alejado de la conducta esperada por el legislador.

En otras palabras, esta protección restringe uno de los principios fundamentales del derecho civil, el de la autonomía privada, puesto que la libertad para testar tiene como límite las asignaciones forzosas. El testador debe repartir la mitad de sus bienes (mitad legitimaria) entre aquellas personas que el legislador considera que son sus más cercanos, con quienes supone que tiene una óptima relación familiar (legitimarios). Y si quiere mejorar a uno u otros de los legitimarios, se contempla la posibilidad de asignarles una parte o toda la cuarta de mejora, pero debe hacerlo disponiendo de esta cuarta parte únicamente entre las personas señaladas por la ley.

En consecuencia, el causante tiene únicamente un veinticinco por ciento de su patrimonio para distribuirlo entre quienes quiera. Solo si el testador no

⁵ Ordenamientos jurídicos como el chileno, español, francés, italiano, uruguayo, peruano, entre otros, tienen este sistema restringido.

⁶ GRIMALDI (2015), p. 193.

⁷ ESPADA (2017).

tiene legitimarios tendrá total aplicación el principio de la autonomía privada, pudiendo él disponer libremente de sus bienes sin ninguna cortapisa. Por otra parte, en la sucesión intestada también proceden las asignaciones forzosas, las que están comprendidas dentro de los órdenes de sucesión donde es la ley quien asigna lo que a cada asignatario forzoso corresponde.⁸

Así las cosas, resulta determinante revisar la institución de las legítimas en el derecho civil chileno, las que constituyen la asignación forzosa más importante y de mayor aplicación práctica. Obligan al testador a hacerlas e implican limitaciones legales a la libertad de testar, porque se fundan en el orden público. Son las asignaciones preferentes y privilegiadas en el sistema sucesorial chileno, conforme al cual deben ser respetadas por el testador, a menos que, por causas legales, proceda el desheredamiento.

Se justifica la existencia de la legítima señalando, por una parte, que refuerza la cohesión familiar al asegurar la conservación de los bienes en la familia, siendo una expresión de la solidaridad familiar y del deber de ayuda entre las generaciones, y por otra, porque favorece la paz de las familias al garantizar una igualdad mínima entre los hijos.⁹

Quienes se oponen a la existencia de las legítimas esgrimen consideraciones económicas. Se las ve como un obstáculo a la transferencia de bienes, por ejemplo, en el caso de la empresa, pues esta no podría pasar a manos de un tercero más idóneo para dirigirla si existiese un hijo quien deberá dirigir la empresa para que continúe en manos de la familia.¹⁰

El mismo ordenamiento estructura las legítimas a partir de dos principios: el de la intangibilidad cuantitativa y el de la igualdad. Esto significa que la cuantía de la legítima que debe recibir cada legitimario es “intangibile” desde el punto de vista cuantitativo;¹¹ e igual, siempre que los legitimarios se encuentren en la misma situación. Asimismo, consagra distintas medidas de protección para que no sean pasadas a llevar, de tal manera que, si el causante priva de una parte de su legítima a un legitimario por haber realizado una donación en calidad de donante, perjudicando a los otros legitimarios y concurriendo determinados requisitos, los legitimarios

⁸ ELORRIAGA (2015), p. 391.

⁹ GRIMALDI (2015), p. 208.

¹⁰ Ver GRIMALDI (2015), p. 209.

¹¹ BARRÍA (2017), p. 126.

perjudicados podrán recurrir a la formación de los acervos que procuran reconstruir ideal o imaginariamente el patrimonio del causante al tiempo en que se hicieron las liberalidades (arts. 1186 y 1187 del Código Civil). Además, podrán entablarse las acciones de reforma de testamento y de inoficiosa donación, las cuales buscan solamente hacer respetar las legítimas violadas por el testamento mismo y no por actos anteriores, aun cuando es posible que el causante haya dispuesto de bienes para violar las asignaciones forzosas aún en vida.

Uno de los problemas que surgen cuando se prohíbe o restringe demasiado la facultad de testar, es que se producen donaciones disfrazadas, reemplazando las simulaciones a los testamentos; “incluso estos horribles fraudes se producen en las familias más honestas”, tal como denunciara Portalis.¹²

La rigidez de las normas que reglan las asignaciones provoca que, en la práctica, estas se vean burladas por diversos mecanismos, principalmente a través de ventas simuladas entre el causante y uno de sus herederos o un tercero en perjuicio del resto de los legitimarios, por cuanto el referido contrato trae consigo la disminución del patrimonio hereditario.¹³ También por condonación de deudas, reconocimiento de deuda que no proviene de una obligación anterior; formación de sociedades, cuando el aporte es falso y la finalidad del contrato está en otorgar un beneficio a alguno de los socios. Lo mismo en el caso de la transacción.¹⁴ En consecuencia, contra estas liberalidades no es posible ejercer la acción de reforma del testamento.

Desde otra perspectiva, bien puede suceder que el comportamiento del legitimario no lo haga digno de que se respete su legítima. La ley concede una válvula de escape al testador respecto de la asignación forzosa: el desheredamiento. Esta posibilidad del testador de poder desheredar a un legitimario se ve como una contrapartida a la obligación que tiene de dejarle su legítima. Sin embargo, el desheredamiento solo estará justificado en casos excepcionalmente graves, como sanción a la mala conducta, a la deslealtad que el legitimario haya podido llevar a cabo.¹⁵ Procede, en concreto, alegando una de las causas legales que taxativamente enumera el artículo 1208 del Código

¹² PORTALIS (1978), p. 109.

¹³ HOYUELA y KOTLER (2015), p. 77.

¹⁴ BARRÍA (2017), pp. 155-156.

¹⁵ ESPADA (2017).

Civil, la que además debe ser probada. Estas causales representan conductas muchas veces extremas de un legitimario, siendo, por lo mismo, difíciles de probar. Precisamente siguiendo este razonamiento es que la Corte Suprema ha afirmado que son “una medida extrema en casos excepcionales”.¹⁶

Como señala Rodríguez, “el desheredamiento es una indignidad testamentaria, mientras que la indignidad es un desheredamiento legal. Esta figura nos parece acertada, toda vez que, en el fondo, se trata de dos instituciones, confiadas a personas distintas, pero que apuntan en la misma dirección; excluir de la sucesión a los asignatarios forzoso que faltan al deber de lealtad y respeto que se debe al causante y a las personas que conforman su núcleo familiar más estrecho”.¹⁷

Esto ha llevado a que algunos padres, frente a conductas como indiferencia, falta de respeto, maltrato y falta de atención hacia ellos, decidan en vida celebrar negocios jurídicos que favorezcan a otro de sus legitimarios o a un tercero que, a diferencia del anterior, sí se preocupa por ellos. Esto rompe evidentemente la igualdad que el Código contempla entre los legitimarios.

En otras palabras, para lograr el mejoramiento de uno o varios legitimarios sin desheredar al indiferente, al desleal, el testador se vale de maniobras que, bajo la apariencia de un negocio jurídico que ostenta legitimidad formal, eluden las normas imperativas relativas a las legítimas. Así, el causante en vida beneficia a un legitimario o a un tercero sin obtener contraprestación alguna, provocando un perjuicio en la legítima futura del o de los otros legitimarios.

En este escenario, esta ponencia analiza dos situaciones:

1. Un legitimario que se siente perjudicado por un negocio jurídico celebrado por el futuro causante y otro legitimario o tercero, ¿puede entablar una acción de simulación que persiga la nulidad del negocio efectuado estando vivo el causante? ¿Tiene interés jurídico para entablarla? Se adelanta desde ya, que ni la doctrina ni la jurisprudencia están contestes al respecto.

2. En vida, el causante realiza un negocio jurídico aparente que beneficia a un legitimario. Fallecido el causante, ¿tiene el legitimario perjudicado interés que le permita ejercer la acción de nulidad del negocio por ser una donación disfrazada?

¹⁶ *Cristina Jara Solís con Josefina Becker Jara* (2017).

¹⁷ RODRÍGUEZ (2004), p. 51.

I. SIMULACIÓN

Lo usual o corriente en las relaciones jurídicas es que la voluntad real guarde coincidencia con la voluntad que se manifiesta. Sin embargo, puede pasar que se produzca una disconformidad entre ambas, en cuyo caso estamos frente a una simulación.

La simulación, según define Ferrara, corresponde a la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo entre las partes, con el objeto de producir, mediante engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe, o uno distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.¹⁸ Se caracteriza, tal como señala Avelino León, por aparentar una declaración de voluntad que no se desea, contando con la aquiescencia de la parte a quien esa declaración va dirigida.¹⁹ Para Alessandri, en términos muy similares a los presentados, es “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual va dirigida la declaración para producir con finalidad de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se lleva a cabo”.²⁰

De estos conceptos surgen los requisitos que integran la simulación: (i) discordancia entre la voluntad real o verdadera y la manifestada; (ii) conciencia de la discrepancia entre lo querido y lo expresado; (iii) acuerdo entre las partes que intervienen en el acto simulado, en cuanto a que lo que las partes dicen es solo una apariencia, porque lo que ellas desean es distinto; y, (iv) intención de engañar a terceros. Asimismo, la simulación puede ser lícita o ilícita; absoluta o relativa. La primera clasificación dice relación con la existencia o no de intención de perjudicar a terceros. Y la segunda, con la posibilidad de que el acto simulado encubra otro (simulación relativa), que es el que en verdad las partes han convenido; o si, por el contrario, solo hay una apariencia de actuar, sin contenido real y serio (simulación absoluta), es decir, una mera ficción.

La causa de la simulación, “*causa simulandi*”, es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o presentarlo en forma distinta a la que

¹⁸ CARIOTA (1956), p. 56.

¹⁹ LEÓN (1963), p. 131.

²⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1998), p. 548.

corresponde: es el porqué del engaño. Por esto se señala que la simulación tiene relación con las personas de los contratantes, con el objeto del contrato, con su ejecución y con la actitud de las partes al realizar el negocio jurídico.²¹

En el obrar simulado lícito, la causa del acto no persigue menoscabar derechos de terceras personas y puede estar “determinada por motivos inocentes o de orden moral, como evitar conflictos con personas que se juzgan con derecho a idéntico beneficio, ponerse a salvo de indiscreciones o impedir que el público se ponga al corriente de ciertos negocios o bien por modestia o desinterés para realizar anónimamente el bien”.²² En cambio, la simulación ilícita sí tiene por finalidad provocar perjuicios a terceros.

Después de la descripción de lo que se entiende por simulación, procede preguntarse si la liberalidad o donación realizada por el futuro causante en favor de un legitimario o de un tercero que perjudica a un potencial legitimario, puede o no considerarse simulación. Consideramos que estamos frente a una simulación absoluta, debido a que la voluntad manifestada por el potencial causante de realizar un contrato esconde la intención real de realizar una donación a un legitimario o tercero.

¿Cómo se prueba que este negocio jurídico es una simulación? Generalmente esta se realiza a través de un instrumento público, el cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1700 Código Civil, hace plena prueba en cuanto a haberse otorgado, a la fecha y a la verdad de las declaraciones hechas por las partes. Sin embargo, respecto de terceros es posible demostrar la falta de veracidad de las declaraciones. Peñailillo sostiene en este sentido que, “No obstante el poder de convicción que ostenta el instrumento público (en el que puede constar y ordinariamente consta el contrato que se impugna por simulación) es perfectamente posible demostrar la falta de sinceridad de las declaraciones en el contenidas. Entre las partes, la insinceridad puede demostrarse mediante otra plena prueba en contrario o con una suma de varias semiplenas que, en conjunto, pueden formar plena convicción; y respecto de terceros, con mayor razón, en cuya eventualidad ni siquiera hace plena prueba y, por tanto, sin que requiera tanta fuerza la prueba contraria, como se exige ente las partes”.²³

²¹ Ver *Patricio López Fuentes con Hortensia del Carmen López Fuentes y Azucena de los Ángeles Fuentes Castillo* (2012).

²² ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1998), p. 550.

²³ PEÑAILILLO (1992), p. 24.

Al respecto, las pruebas directas de la simulación no van a existir y, de existir, no estarán al acceso del demandante, razón por la cual la Corte Suprema reiteradamente ha indicado que las presunciones tendrán un lugar destacado. Así, ha señalado que “la prueba de presunciones es elevada a una consideración primordial y de decisiva influencia”.

De lo anterior se desprende que el potencial legitimario deberá entablar la acción de simulación probando: (i) la disconformidad entre la voluntad real, verdadera, del futuro causante y la declarada, o sea, que el negocio jurídico declarado esconde una simulación; (ii) la conciencia de esta discrepancia, es decir, que el “futuro causante” sabe que está violando la cuantía del potencial legitimario; (iii) el acuerdo entre el “futuro causante” y un legitimario o tercero para engañar al que se dice potencial legitimario perjudicado; y, (iv) el daño sufrido por el legitimario que se dice perjudicado por el fingimiento del acto simulado y “que se convierte en el elemento determinante para justificar la tutela jurídica que se impetra”.²⁴

II. OPORTUNIDAD PARA ALEGAR LA SIMULACIÓN

1. Primera situación

Con respecto a la oportunidad en la cual las partes interesadas en la declaración de nulidad pueden ejercer la acción, corresponde cuestionarse si estando vivo el presunto causante ¿tiene interés jurídico el demandante para entablar la acción de nulidad del contrato simulado?

Un sector mayoritario de la jurisprudencia y de la doctrina –entre quienes nos contamos– considera que la acción tiene que entablar después de la muerte del causante. Mientras viva, el “potencial legitimario” no tiene el interés jurídico para ejercer la acción de nulidad: por más que tenga la calidad de legitimario como vínculo que genera intereses jurídicos y que la legítima esté reconocida y protegida legalmente desde su origen (arts. 1186; 1187; 1200; 1204; 1216; 1463, inciso 3º CC), mientras no se produzca la muerte del causante, no hay un derecho consolidado, a lo más uno condicional, que es una mera expectativa. Como señala Domínguez, “no basta ostentar la calidad de legitimario en vida del causante, pues es menester además

²⁴ Patricio López Fuentes con Hortensia del Carmen López Fuentes y Azucena de los Ángeles Fuentes Castillo (2012).

que esa calidad se mantenga al momento de la apertura de la sucesión. El legitimario tiene esa calidad en vida del causante, sujeto a la condición que siga teniendo esa calidad al fallecer el causante”.²⁵ Solo una vez producida la muerte del causante se consolida el derecho de los herederos forzosos, y es por ello que la ley les confiere protección, otorgándoles acciones como la de reforma del testamento cuando se perjudican sus legítimas o para solicitar la restitución de los bienes que el causante haya donado en perjuicio de tales asignaciones.²⁶

Corral también se inclina por estimar que los legitimarios no pueden impugnar los actos en vida del eventual causante, y agrega que, aunque la legítima pueda tener una cierta existencia jurídica antes de la muerte del eventual causante, se trata de una expectativa siempre incierta, tanto en cuanto a la identidad de los legitimarios, como a la cuantía de la asignación. Por ello, no podría configurarse un interés cierto y real para pedir la nulidad de un acto de disposición que, en su parecer perjudicaría su eventual legítima.²⁷

Por su parte, Andrés Varas es de la opinión contraria, vale decir, acepta la posibilidad de que un legitimario pueda ejercer la acción de nulidad absoluta de un negocio jurídico en vida del causante, particularmente por los perjuicios que podría sufrir de no otorgársele tal posibilidad, considerando que este es un interés legítimo en la declaración de nulidad absoluta, aun cuando no se tenga un derecho subjetivo que debe ser de protección legal. Señala este autor que,

resulta evidente que el legitimario, siendo un hijo, tiene el nítido interés en suceder a su padre o madre, y que tal interés es legítimo (de hecho, es tan legítimo que la ley chilena fuerza a éstos a efectuarle una asignación mínima), aunque no pueda decirse que tenga un derecho subjetivo a tal herencia incorporado a su patrimonio y resulta igualmente evidente que ese interés, por ser legítimo, debe ser objeto de protección legal. Si una persona favorece ilegítimamente a uno de sus legitimarios, burlando directa o indirectamente la ley por medio de la celebración de uno o más negocios jurídicos, no se divisan razones poderosas para que el potencial perjudicado no pueda discutir esa violación legal ante los

²⁵ DOMÍNGUEZ (2003), p. 196.

²⁶ Véanse sentencias *Elizabeth Rascheya Krause y otra con Yolanda Krause Salewsky y otra* (2014) y *Elizabeth Dobrew Hott con Waleska Dobrew Hott y otros* (2014); y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011), p. 934.

²⁷ CORRAL (2007), pp. 671-689.

tribunales por medio de la acción de nulidad absoluta sino hasta la muerte del causante.²⁸

En síntesis, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia coinciden en que no basta con tener la calidad de legitimario en vida del causante, pues ella está sujeta a la condición de seguir teniéndola al momento del fallecimiento de este. Puede que un legitimario no llegue nunca a suceder al causante porque se divorció, le sobrevino una causal de indignidad o fue desheredado por el causante.

Además, para entablar la acción de nulidad, de conformidad con el artículo 1683 del Código Civil, el interés debe ser legítimo, de contenido patrimonial, cierto y no eventual como sería el del “potencial legitimario” (tal como señalan, por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema rol N° 1083-2012; rol N° 8169-2010; y rol N° 5086-2011), requisitos que, como hemos señalado, no se reúnen.

2. Segunda situación

El segundo caso dice relación con aquella hipótesis en que el causante realiza en vida un negocio jurídico aparente que beneficia a un legitimario o a un tercero y luego fallece. ¿Puede el legitimario perjudicado entablar una acción de nulidad de la donación supuestamente disfrazada? Vale decir, si fallecido el causante, puede o no el legitimario perjudicado entablar una acción de nulidad del negocio por ser una donación disfrazada.

Como hemos indicado previamente, conforme a lo prescrito en el artículo 1683 del Código Civil, se requiere que el demandante tenga interés; el que debe ser patrimonial y que debe ser alegado y acreditado por quien demanda la nulidad. Sin embargo, en cuanto a la oportunidad en que debe concurrir este interés, existen varias opiniones en la doctrina.

Para algunos, el interés ha de existir al tiempo de producirse el vicio correlativo. Es decir, debe ser coetáneo y no posterior a su verificación, porque solo de esa manera se produce la necesaria conexión entre ese vicio y el interés que se arguye. Para Alessandri, quien alega la nulidad absoluta debe tener interés en ello al momento mismo en que se ejecuta el acto o celebra el contrato en que se comete la infracción que acarrea la nulidad. Si,

²⁸ VARAS (2004), p. 204.

en cambio, ese interés se manifiesta con posterioridad, como consecuencia de actos efectuados después de la celebración del acto o contrato nulo, debe rechazarse la petición de nulidad absoluta, toda vez que el actor no tendría el interés que exige la citada norma.²⁹

Otros autores plantean, en cambio, que el interés del tercero debe existir al momento de la celebración del acto cuestionado, manteniéndose a lo menos hasta la interposición de libelo anulatorio.

Por su parte, Hernán Corral es más exigente al considerar que el interés solo nace cuando se adquiere el derecho a la legítima (o herencia), es decir, con la delación de la asignación, lo que coincide con la muerte del causante. No puede retrotraerse más allá de dicho límite. Hacen excepción a esto las acciones que expresamente se reconocen a los legitimarios para proteger las legítimas, como la de reforma del testamento y la de inoficiosa donación. Pero las excepciones deben interpretarse restrictivamente.³⁰

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “el interés exigido por el artículo 1683 del Código Civil debe ser ‘legítimo’, esto es, que se base en un derecho actual, o sea, que exista al momento de intentarse la acción”.³¹ También que sea patrimonial, real y no meramente hipotético, coetáneo y que tenga su origen en el daño patrimonial experimentado por el demandante.

Ahora bien, ha de señalarse que, respecto a que el interés debe tener carácter patrimonial, es decir, avaluable en dinero, no hay unanimidad en la doctrina. Una minoría doctrinaria señala que el artículo 1683 del Código Civil no lo exige específicamente y, por ello, bastaría que hubiera un interés moral o extrapatrimonial. De esta manera, estiman que hay una ampliación del carácter de interés necesario para incoar la acción.³² Se basan, para ello, en la historia de la norma, señalando que el Proyecto de 1853³³ de don Andrés Bello señalaba expresamente en el artículo 1683 que, la nulidad absoluta podía alegarse por todo el que tenga un interés pecuniario en ello. Sin embargo,

²⁹ ALESSANDRI (1949), p. 553.

³⁰ CORRAL (s/a). Derecho y academia: el Blog de Hernán Corral. Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/la-legitima-en-vida-del-causante/p.2>.

³¹ *Beatriz Rosa Orellana López con Leonardo Andrés Mechasqui Montenegro y otros* (2007).

³² LÓPEZ (2008), p. 7.

³³ Tanto el Proyecto de 1842 (Título XIX, art. 3º) como los de 1847 (art. 187), 1853 (1866) y el Proyecto Inédito estableció que “la nulidad absoluta (...) puede alegarse por todo el que tenga “interés pecuniario en ello”.

la Comisión revisora eliminó la calificación de pecuniario.³⁴ Por su parte, Domínguez estima que la nulidad encuentra su justificación por la defensa de intereses superiores a los pecuniarios;³⁵ y para López Santa María resulta suficiente un interés moral para demandar la nulidad.

Sin embargo, la mayoría de los autores señalan que la Comisión no entendió que se eliminaba el requisito de la patrimonialidad, sino que no se necesita acreditar una cantidad determinada como perjuicio. Claro Solar señala en este sentido que debe hablarse de interés pecuniario aunque no lo exprese la ley, porque no cabe en esta materia un interés puramente moral, como es el que motiva la intervención del Ministerio Público.³⁶ A su vez, Alessandri sostiene “que se tiene interés en solicitar la nulidad absoluta cuando haya de obtenerse un provecho patrimonial con la anulación del acto o contrato (...); por consiguiente las meras expectativas no constituyen el interés que el artículo 1683 exige para poder deducir la acción de nulidad”.³⁷

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que el interés a que se refiere el artículo 1683 del Código Civil para alegar la nulidad absoluta del negocio jurídico, “debe ser patrimonial, residir precisamente en la obtención de la nulidad absoluta del acto o contrato, de ser real y no meramente hipotético y tener su origen en la lesión patrimonial que sufre el interesado por la ejecución del acto o la celebración del contrato debe ser legítimo, esto es, que se funde en un derecho actual, coetáneo y no sobreviniente a la celebración del acto que se pretende anular y mantener actualidad a la fecha en que se pide la declaración de nulidad”.³⁸

En consecuencia, a la segunda pregunta que se ha presentado en esta ponencia, debemos señalar que el potencial legitimario perjudicado para alegar la nulidad absoluta, debe tener interés en el momento mismo en que se realiza la donación. Y, además, este interés debe ser patrimonial, real, coetáneo y tener su origen en el daño patrimonial experimentado por el legitimario que se dice perjudicado.

³⁴ Ver VARAS (2004), p. 198.

³⁵ DOMÍNGUEZ (1977), p. 221.

³⁶ Ver CLARO (1992), p. 607.

³⁷ ALESSANDRI (1949), pp. 549-550.

³⁸ *Elizabeth Dobrew Hott con Waleska Dobrew Hott y otros* (2014), considerando 20°.

CONCLUSIONES

El aumento de la vida de las personas ha traído como una de sus consecuencias que, cuando ellas mueren, sus hijos ya son personas mayores que pueden valerse por sí solas, sin necesidad del apoyo económico de sus padres. Esto contrasta con la visión del Código, que responde a la época en la cual las personas vivían hasta los 50 años y cuando morían, sus hijos eran pequeños y necesitaban de la protección económica de sus padres.

De ahí que se entienda las restricciones en la libertad de testar y en la exigencia de distribuir la mitad de la herencia entre los hijos y el cónyuge sobreviviente. Así, el legislador ha idealizado las relaciones familiares, de forma tal que considera a la herencia como un instrumento de cohesión familiar: transmitida de generación en generación, los bienes son el símbolo de la continuidad y de la permanencia familiar.

Lo difícil que es desheredar a un hijo o hija que falte al deber de lealtad y respeto mutuo que se debe al causante y a las personas que conforman su núcleo familiar más estrecho, ha llevado a que algunos padres decidan en vida celebrar negocios jurídicos que favorezcan a otro de sus legitimarios o a un tercero que, a diferencia del anterior, sí se preocupa por ellos y mantiene una conducta leal. Ello rompe evidentemente la igualdad que el Código contempla entre los legitimarios.

Al restringirse la libertad de testar, las simulaciones están reemplazando la verdadera voluntad del testador. Por ello, se requiere de una reforma que permita desheredar con mayor facilidad a un legitimario. En este sentido, para evitar las simulaciones, la legítima debería reducirse a una cuarta parte de la herencia y las tres cuartas partes restante deberían dejarse a la voluntad del causante.

Frente a la pregunta de si un legitimario puede entablar una acción de simulación que persiga la nulidad de un negocio que se siente que le perjudica y que ha sido efectuado estando vivo el causante, entre este último y otro legitimario o tercero, la respuesta es no. Los legitimarios tienen condicionada la incorporación de su legítima a su patrimonio a la muerte del causante; solo ahí se consolidará su derecho. Se explica así en que es posible que hayan perdido su legítima por divorcio o por desheredamiento.

Por lo mismo, solo se puede demandar la nulidad del acto simulado cuando el causante está muerto, siempre que se tenga un interés patrimonial, actual y coetáneo a la celebración del acto o negocio jurídico que se celebra.

Respecto al segundo caso, vale decir, cuando el causante en vida realiza un negocio jurídico aparente que beneficia a un legitimario o un tercero y perjudica a un legitimario, para entablar la acción de nulidad del negocio por ser una donación disfrazada, se requiere que el potencial legitimario perjudicado tenga interés, el cual debe ser patrimonial, además de ser alegado y acreditado él.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI BESA, Arturo (1949). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria Ltda.
- ALESSANDRI BESA, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1998). *Tratado de Derecho Civil*. Parte Preliminar y general, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARRÍA PAREDES, Manuel (2017). *Asignaciones forzosas y libertad de testar*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- CLARO SOLAR, Luis (1992). *Explicaciones del derecho Civil chileno y comparado*, volumen VI, tomo XII. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CARIOTA FERRARA, Luigi (1956). *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Aguilar.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2007). “El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero contratante” en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso. Santiago: LegalPublishing.
- _____ (2014). “*La legítima en vida del causante*” en <https://corraltalciani.wordpress.com>.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2003). “Todo el que tenga interés en ello... (Sobre el artículo 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta)”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 214.
- _____ (1977). *Teoría General del Negocio jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011). *Derecho Sucesorio*, Tercera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2015). *Derecho Sucesorio*. Santiago: Editorial LexisNexis.

- ESPADA MARROQUÍN, Susana (2017). “Comentario de Jurisprudencia: Corte Suprema Sentencia de 21.09.2017, rol N° 79128-2016”.
- GRIMALDI, Michel (2015). “Libertad testamentaria”, en *Estudios de Derecho Privado*, Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila. Santiago: Thomson Reuter.
- HOYUELA ZATTERA, Camila y KOTLER KRAEMER, Diego (2015). “Interés de los herederos afectados por fraude a las legítimas a través de la simulación”, *Derecho y Humanidades* N° 26.
- LEÓN HURTADO, Avelino (1963). *La voluntad y la capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2008). “¿Tiene interés para alegar la nulidad absoluta de unas compraventas el hijo mayor que, basado en la demencia del vendedor, acciona contra sus padres y hermanas?”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 86.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Manuel (1992). “Cuestiones Teórico-Prácticas de la Simulación”, *Revista de Derecho de Universidad de Concepción*, N° 181.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie (1978). *Discurso preliminar del proyecto del Código Civil francés* (Traducción de Ricoba y Ricoba Manuel). Valparaíso: Edeval.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004). *Instituciones del Derecho Sucesorio*, volumen 2º, 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VAQUER ALOY, Antoni (2015). “Libertad para testar y condiciones testamentarias”, *Revista para el Análisis del Derecho* (InDret).
- VARAS BRAUN, Andrés (2004). “El interés exigido impetrar la nulidad absoluta, en el Código Civil”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 9.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Beatriz Rosa Orellana López con Leonardo Andrés Mechasqui Montenegro y otros* (2007): Corte Suprema, 20 de agosto de 2007 (casación en el fondo), Thomson Reuters código CL/JUR/6093/2007.
- Patricio López Fuentes con Hortensia Del Carmen López Fuentes y Azucena de los Ángeles Fuentes Castillo* (2012): Corte Suprema, 25 de junio de 2012 (casación en el fondo), Thomson Reuters código CL/JUR/1176/2012.

Elizabeth Rascheya Krause y otra con Yolanda Krause Salewsky y otra (2014): Corte Suprema, 21 de julio de 2014 (casación en el fondo), Thomson Reuters código CL/JUR/4690/2014.

Elizabeth Dobrew Hott con Waleska Dobrew Hott y otros (2014): Corte Suprema, 15 de septiembre de 2014 (casación en el fondo), Thomson Reuters código CL/JUR/6596/2014.

Cristina Jara Solís con Josefa Becker Jara (2017): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2017 (casación en el fondo), Thomson Reuters código CL/JUR/6068/2017.