

DECIMO TERCERA PARTE: **DE LA PARTICION DE BIENES¹**

Sumario:

- 1.- Concepto y reglamentación.
- 2.- Objetivos de la partición.
- 3.- Cuándo existe indivisión.
- 4.- Casos en que se aplican estas normas.
- 5.- Cuándo puede pedirse la partición.
- 6.- Por quién puede ser hecha la partición.
- 7.- Quiénes pueden designar juez partidor.
- 8.- Requisitos del partidor nombrado por cualquiera de las personas citadas.
- 9.- Carácter del partidor.
- 10.- Aceptación del cargo y juramento por el partidor y plazo para su desempeño.
- 11.- Responsabilidad del partidor.
- 12.- El juicio de partición.
- 13.- Efectos de la partición.
- 14.- Nulidad de la partición.
- 15.- ¿Procede demandar la resolución de una partición?

1.- Concepto y reglamentación.

La partición de bienes es el complejo conjunto de operaciones que tiene por objeto poner fin a la comunidad que recae sobre la universalidad jurídica de la herencia, reemplazando el derecho cuotativo, que cada heredero tiene en el total, por bienes determinados que se adjudican a éste.

Fernando Alessandri expresa que "Mirando la partición en toda su complejidad se la define como el conjunto de operaciones mediante las cuales el derecho único que varias personas tienen sobre una o más cosas, consideradas unitariamente, se precisa y concreta adjudicando a cada uno de los titulares una determinada porción del bien mismo, o un determinado bien de los diversos que eran objeto del derecho de todos. De este modo, sobre lo adjudicado, el adjudicatario excluye cualquier derecho del resto de los comuneros y, a su vez, queda excluido de todo derecho sobre lo adjudicado a los demás".²

Se reglamenta en el Libro III, Título X, arts. 1317 a 1353 del Código Civil y en los arts. 645 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que regulan lo concerniente al "Juicio de Partición".

2.- Objetivos de la partición.

Los arts. 1317 y siguientes del Código Civil son de aplicación general, no están limitados a la partición hereditaria, y su objetivo es doble:

- a) Poner fin al estado de indivisión o de una comunidad, cualquiera que éste sea.

¹ Fecha de última modificación: 12 de enero de 2024.

² Alessandri Rodríguez, Fernando, *Partición de bienes. Explicaciones de clases del profesor Alessandri. Versión de Antonio Vodanovic H.*, 6ª edición actualizada, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018, N° 1, p. 9.

- b) Adjudicar a los comuneros los bienes que hasta este momento era comunes, de manera que ahora aquellos tengan sobre éstos dominio singularizado. Cabe consignar que un bien podría adjudicarse en común a dos o más comuneros, caso en el cual nace una *nueva comunidad*, sobre dicho bien, entre tales adjudicatarios.

3.- Cuándo existe indivisión.

Esta existe cuando tienen derecho de cuota, sobre una misma cosa, dos o más personas. Estos derechos tienen que ser de la misma naturaleza, por ejemplo, dos propietarios o dos usufructuarios, pero no un propietario y un usufructuario.

4.- Casos en que se aplican estas normas.

- a) A la liquidación de la comunidad hereditaria;
b) A la liquidación de la sociedad conyugal: en la partición de los gananciales (art. 1776);
c) A la liquidación de las cosas comunes: en caso de que existan cuasicontratos de comunidad (art. 2313); y
d) A la liquidación de las sociedades civiles (art. 2115).

De lo expresado en el art. 1317, se desprende que puede tratarse de:

- Indivisión a título singular (algunos reservan la expresión "copropiedad" para esta hipótesis);
- Indivisión a título universal (algunos reservan la expresión "comunidad" para esta hipótesis).

5.- Cuándo puede pedirse la partición.

Por regla general, siempre puede pedirse la partición, de conformidad a lo dispuesto en el art. 1317. Los artículos 1319, 1320 y 1321 establecen algunas situaciones especiales:

- Art. 1319: si un coasignatario lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho a pedir la partición mientras penda la condición; los demás asignatarios, al hacer la partición, deben asegurar competentemente lo que, cumplida la condición, le corresponda;
- Art. 1320: si un coasignatario transfiere su cuota a un extraño, el cesionario tendrá igual derecho que el cedente para pedir la partición o intervenir en ella. Lo anterior es una consecuencia de la cesión del derecho real de herencia, que habilita al cesionario para actuar como si fuere heredero.
- Art. 1321: puede ocurrir que fallezca uno de los coasignatarios después de habersele deferido la asignación. En este caso, cualquiera de sus herederos podrá pedir la partición. Con todo, la ley exige a los herederos del coasignatario que actúen conjuntamente o a través de procurador común.

Excepcionalmente, no podrá pedirse la partición:

- a) Cuando existe pacto de indivisión celebrado de común acuerdo por los comuneros (art. 1317, incisos 1º y 2º). El pacto tendrá una duración máxima de 5 años, sin perjuicio de la posibilidad de renovarse por acuerdo unánime de los partícipes de la comunidad. Extinguido el plazo, original o el que corresponda a la prórroga, cualquiera de los comuneros podrá pedir la partición.

Nótese que el art. 1317 alude a una "estipulación" de los comuneros, lo que implica un acuerdo de voluntades, una convención. Por lo tanto, la ley excluye la posibilidad de que sea el testador quien imponga la indivisión a los herederos.

- b) Cuando estamos ante comunidades legales y forzosas (art. 1317, inc. 3º).

6.- Por quién puede ser hecha la partición.

Tres alternativas, contempla la ley:

- a) Por el propio causante.
- b) Por los herederos de común acuerdo.
- c) Por el juez partidor.

a) Partición efectuada por el propio causante.

El art. 1318 permite al propio causante hacer la partición por acto entre vivos o por testamento, siempre que no sea contraria a derecho ajeno, vale decir, siempre y cuando no infrinja las limitaciones que le impone la ley, especialmente en cuanto a respetar las asignaciones forzosas.

La Ley N°19.585 agregó un inc. 2° al precepto, enfatizando que se entenderá que la partición es contraria a derecho ajeno, si no se respetó el derecho que confiere al cónyuge sobreviviente el art. 1337 Regla décima.

El causante podrá hacer la partición:

- i) Por acto entre vivos: si hay bienes raíces, deberá hacerla por escritura pública;
- ii) Por testamento, cumpliendo con las solemnidades propias de este acto jurídico.

En la partición hecha por el causante, se presenta el siguiente problema interpretativo: un trámite esencial de la partición es la tasación, ya que es necesario saber cuánto valen los bienes para adjudicarlos. Por lo tanto, si el art. 1318 faculta al causante para hacer la partición, podría entenderse que también está facultado para tasar los bienes. Sin embargo, en el art. 1197, se establece que el testador puede señalar las especies con que se va a pagar la legítima, pero no puede tasarlas, evitando así que pueda burlar las asignaciones forzosas, tasando en valores exorbitantes los bienes. Cabe preguntarse entonces: ¿Se podría efectuar la partición por el causante –incluida la tasación–, si hubiere legitimarios entre los herederos? Para responder, la acertada interpretación sería dejar a cada precepto su campo de acción. Así las cosas:

- el causante, sólo asigna bienes al pago de las legítimas, pero no puede tasarlos;
- si además hace la partición de la herencia, podría tasar, aunque haya legitimarios, *pero se pasará por esta partición en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno*, es decir, en cuanto no lesione las asignaciones forzosas. Se deja así a salvo el derecho de los legitimarios perjudicados, quienes, frente a una tasación manifiestamente arbitraria, podrían deducir la acción de reforma de testamento.

¿A quién obliga la partición hecha por el causante? Para responder, debemos distinguir:

- obliga a cada heredero individualmente considerado, y siempre y cuando no lesione su asignación forzosa.
- no obliga a todos los herederos que de consuno acuerdan efectuar la partición, dejando de lado aquella hecha por el causante.

No es frecuente la partición hecha por el causante, y cuando la hace, necesita usualmente ser complementada, pues ocurre que, con posterioridad a la partición, el causante adquiere otros bienes no considerados en su partición, o enajena otros que había incluido. En verdad, para que no se presentara la necesidad de complementarla, el causante debiera fallecer inmediatamente después de hacer la partición.

b) Partición hecha por los herederos de común acuerdo.

En la práctica, es la forma más común de efectuar la partición, ya que es más sencilla, rápida y económica.

Dispone el art. 1325 que los indivisarios pueden efectuar la partición de común acuerdo, **no obstante existir entre ellos incapaces**, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1° Que no haya cuestiones previas que resolver;
- 2° Que los interesados estén de común acuerdo en la forma de efectuar la partición;
- 3° Que la tasación se haga por peritos, por regla general;
- 4° Que la partición sea autorizada por la justicia, en ciertos casos; y
- 5° Que la partición, una vez terminada, sea aprobada por la justicia ordinaria, en ciertos casos.

Analizaremos seguidamente cada uno de estos requisitos:

1° Que no haya cuestiones previas que resolver.

No debe existir problemas pendientes en cuanto a:

- quienes son los interesados;
- cuáles son los bienes sobre los que recae la partición;
- cuáles son los derechos que corresponden a cada comunero.

Si se presentan cualquiera de estas cuestiones y no hubiere acuerdo entre los interesados, deberán resolverse judicialmente.

2° Que los interesados estén de común acuerdo en la forma de efectuar la partición.

Resulta obvio, pues de otra manera los comuneros no efectuarían la partición de esta forma.

3° Que la tasación se haga por peritos, por regla general.

Antes, bajo la sola vigencia del Código Civil, la tasación debía efectuarse necesariamente por peritos, a menos que la unanimidad de los comuneros, que debían ser capaces, hubieren acordado otra cosa.

En la actualidad, considerando lo dispuesto en el art. 657 del Código de Procedimiento Civil, que modificó al Código Civil en esta materia, es posible efectuar la tasación de los bienes de común acuerdo por los comuneros, aunque entre éstos haya incapaces, sin perjuicio de actuar a través de sus representantes legales, como es lógico. La regla anterior se aplica en los siguientes casos y cumpliendo con las siguientes condiciones:

i.- Siempre que se trate de bienes muebles;

ii.- En el caso de los bienes inmuebles, cuando:

i) Se trata de fijar un mínimo para la subasta del bien raíz, cuyo verdadero valor queda determinado por los licitadores en la subasta;

ii) Existen en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, como la valuación del bien raíz. Cabe indicar que la expresión "*autos*" no debemos entenderla sólo como referida al juicio de partición, sino que también a la propia escritura pública de partición, o sea, a la partición hecha de común acuerdo por los comuneros.³ ¿Cuáles son estos antecedentes que deben constar en la partición? Citamos a Pedro Lira: "La ley no los indicó pero se entiende que se trata de documentos públicos o privados que existan o se hayan incorporado al expediente particional. Tales son, entre otros, las tasaciones periciales hechas por instituciones bancarias o de previsión; el avalúo fiscal, el precio de venta de una propiedad similar y vecina, un contrato de arrendamiento de reciente fecha".

Respecto a esta materia, la Corte Suprema señala en una sentencia de fecha 31 de julio de 2017, autos Rol N° 82.265-2016, que el incumplimiento de lo previsto en el art. 657 del Código de Procedimiento Civil no origina un vicio de nulidad de la partición: "En cuanto al segundo inciso del artículo 657 del Código de Enjuiciamiento Civil, esta Corte comparte las reflexiones explicitadas por los jueces del fondo en lo relativo a los requisitos que el precepto considera para omitir la tasación pericial

³ Lira Urquieta, Pedro, "*La Partición de bienes*", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1948, p. 121.

cuando el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes o de sus representantes, pues la justificación a que alude la norma tiene evidentemente un carácter subjetivo y se relaciona con la apreciación hecha por los coasignatarios en el contexto de una partición efectuada de común acuerdo, en el que es lícito considerar otros factores distintos, como puede ser, por ejemplo, el valor comercial de los bienes que justiprecian en conjunto, de modo que la exigencia legal viene dada en relación a la explicitación de los antecedentes que tuvieron a la vista y no a la justificación objetiva de la apreciación de los bienes que efectúan, sin que sea necesario que ese proceso obedezca a un "método" o a una "forma de tasar que sea generalmente aceptada por los principios técnicos que informen dicha materia", reglas que la recurrente adujo inobservadas en su libelo pretensor de fojas 44 y siguientes. Por lo demás, la circunstancia de que en la apreciación de las partes no se respeten criterios objetivos y, en razón de ello, se afecte el valor comercial de los bienes perjudicando a los coasignatarios, la validez del acto particional no se vería afectada por la omisión de un requisito habilitante que dé lugar a su nulidad relativa, como lo pretende quien recurre. En tal sentido, se ha dicho que "...el artículo 657 del Código de Procedimiento Civil no contempla una exigencia de validez para el acto de partición, sino una simple norma de procedimiento, destinada a proteger el interés de los partícipes de dicho contrato, en relación al modo de establecer el precio de los bienes partibles, para el objeto de su adjudicación equitativa, por lo que su omisión no puede importar la nulidad absoluta ni relativa del acto particional". Los antecedentes tenidos en consideración para fijar el valor de los bienes a partir y que indica este último precepto, no es necesario que deban ser incluidos en las cláusulas de la escritura pública en que se legaliza el acuerdo de voluntades, ya que la disposición no lo exige y no cabe extender su aplicación más allá de lo que ella misma señala." (Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 1991, R.t.88, sec. 2º, p. 3)".

La modificación del Código de Procedimiento Civil se recogió en parte en el Código Civil, en su art. 1335, cuando señala "o en que se liciten las especies, en los casos previstos por la ley".

4º Que la partición sea **autorizada** por la justicia, en ciertos casos.

Dispone al efecto el art. 1322, inc. 1º: "Los tutores y curadores, y en general los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial".

El precepto, como puede observarse, no está circunscrito a los guardadores, pues alude a todos aquellos que administran bienes ajenos, por disposición de la ley. Por tanto, quedan comprendidos en esta hipótesis, por ejemplo, el padre o madre titulares de la patria potestad.

Con todo, el inciso 2º excluye al marido casado en sociedad conyugal: "Pero el marido no habrá menester esta autorización para provocar la partición de los bienes en que tenga parte su mujer; le bastará el consentimiento de su mujer, si ésta fuere mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia en subsidio."⁴

Se podría estimar, en principio, que, en el caso de una partición hecha de común acuerdo, debe aplicarse el art. 1322, inc. 1º.

Sin embargo, ¿se aplica realmente el citado art. 1322 a una partición hecha de común acuerdo? Nos parece muy discutible. En efecto, el Código Civil sólo alude a la partición de común acuerdo en el art. 1325. Los preceptos anteriores (y entre ellos el art. 1322), debiéramos entender que aluden en forma natural al juicio de partición.

Efectivamente, Somarriva concluye que el art. 1322 no es aplicable, cuando se trata de una partición realizada de común acuerdo, caso en el cual debe aplicarse sólo

⁴ Lira Urquieta, Pedro, ob. cit., p. 120.

el art. 1325. En efecto, para este autor, el padre o madre deberá obtener autorización judicial para "provocar" la partición (o sea, para iniciar una partición ante un juez partidor), pero no para realizar una partición de común acuerdo. En el primer caso, operará el art. 1322, y en el segundo caso, el art. 1325. Lo mismo debiera entenderse respecto de los guardadores.⁵

De esta manera, siguiendo la opinión de Somarriva, el art. 1322 se aplicaría sólo para una partición realizada ante un juez árbitro.

5° Que la partición, una vez terminada, sea **aprobada** por la justicia ordinaria, en ciertos casos.

La aprobación judicial es necesaria, sea que la partición fuere hecha por el testador, por los herederos o por el partidor, en los casos del art. 1342:

- i.- Cuando en la partición de la masa de bienes o de una porción de la masa, tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados;
- ii.- Cuando en la partición de la masa de bienes o de una porción de la masa, tengan interés personas bajo tutela o curaduría.

En los dos casos anteriores, no se entenderá hecha por completo la partición hasta no obtenerse la aprobación judicial.

Cabe recalcar que la sola circunstancia que entre los coasignatarios haya incapaces NO hace necesaria la aprobación judicial de la partición (aunque sí será necesaria la autorización judicial, según vimos, salvo si se adhiriera a la tesis de Somarriva). Por lo tanto, si son partícipes menores que actúan representados por sus padres, no será necesaria la aprobación judicial, a menos que dichos menores estuvieren sujetos a tutela o curatela.

Así lo señala por lo demás una sentencia de la Corte Suprema de fecha 31 de julio de 2017, dictada en los autos Rol N° 82.265-2016. Refiriéndose el fallo a los considerandos de la sentencia de segunda instancia, que la Corte Suprema comparte, expresa: "Reconociendo que la norma del inciso segundo del artículo 1325 del Código Civil se encuentra inspirada en un principio de protección de los incapaces y de igualdad, a fin de garantizarles una repartición igualitaria de los bienes comunes entre los diversos coparticipes, advierten [los jueces de segunda instancia] que, al versar el precepto sobre la incapacidad, constituye una norma de derecho estricto y de carácter excepcional que demanda una interpretación restrictiva. Seguidamente constatan que su ámbito de aplicación no sólo queda determinado por el hecho de que entre los interesados en la partición haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes, pues respecto de la aprobación de la partición por la justicia ordinaria y la tasación de bienes por peritos, impone que se hagan "del mismo modo que lo serían si se procediera ante un partidor", requerimiento que, por ende, remite a lo estatuido en los artículos 1342 del Código Civil y 657 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente. Así, de conformidad a lo prevenido en el artículo 1342 del código sustantivo -conforme al cual se requiere la aprobación del juez sólo en el caso en que el incapaz actúa en una partición sujeto a tutela o curaduría coligen que queda excluida de tal exigencia una partición amigable en la que interviene el padre o madre como representante legal de su hijo en el ejercicio de la patria potestad, como acontece en la especie".

c) Partición hecha por el juez partidor.

Si los interesados no estuvieren de acuerdo en cómo hacer la partición, ésta debe ser hecha por el juez partidor, en cuyo caso la partición se regirá por las normas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil (arts. 1325 inc. 5° del Código Civil y 646 del Código de Procedimiento Civil).

⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, 2006, pp. 244 a 248.

7.- Quiénes pueden designar juez partidor.

7.1. Son tales:

- El causante: por acto entre vivos (por escritura pública) o por testamento;
- Por la unanimidad de los coasignatarios: éstos, incluso pueden dejar sin efecto la designación hecha por el causante. La designación ha de ser unánime, y en caso contrario, le será inoponible al coasignatario preterido;
- Por el juez del último domicilio del causante: para ello, se procederá de la misma forma establecida para el nombramiento de peritos (art. 646 del Código de Procedimiento Civil):
 - 1º se recurre ante el juez competente para que cite a comparendo para la designación del juez partidor;
 - 2º se notifica a los interesados;
 - 3º en la audiencia, si hay acuerdo, las partes designan al partidor; de no haber acuerdo, lo designará el juez.

7.2. Situación, cuando entre los coasignatarios hubiere incapaces.

Cabe señalar que de conformidad a lo dispuesto en el art. 1326, inciso 1º, si alguno de los coasignatarios fuere incapaz, el nombramiento del partidor, que no haya sido hecho por el juez, debe ser aprobado por éste.

7.3. Situación, cuando entre los coasignatarios hay mujeres casadas en sociedad conyugal.

El inc. 2º del art. 1326, en una redacción defectuosa, señala que "se exceptúa de esta disposición" (o sea, de lo dispuesto en el inciso 1º, que exige aprobación judicial para el nombramiento del partidor cuando entre los comuneros hubiere incapaces), la mujer casada en sociedad conyugal, pues en tal caso bastará el consentimiento de la mujer para el nombramiento del partidor, o el de la justicia en subsidio. Decimos que la redacción no es muy adecuada, porque la mujer casada bajo sociedad conyugal no es incapaz. En todo caso, se deja en claro que el nombramiento del partidor lo hace el marido, autorizado por la mujer, y sin que deba obtenerse aprobación judicial ulterior. El art. 1322, inc. 2º, establece una norma similar.

No será necesaria la autorización de la mujer al marido, sin embargo, cuando la partición ha sido provocada por otro partícipe, ya que la exigencia legal sólo opera cuando la iniciativa de la partición (y por ende del nombramiento de partidor) parte de la mujer.

El art. 138 bis dispone también que podrá la mujer recurrir a la justicia en caso de negativa del marido para nombrar partidor, provocar la partición o concurrir a ella cuando la mujer tenga parte en la herencia. Llama la atención -al decir de Hernán Corral-, el que se permita a la mujer pedir autorización para "concurrir" a una partición -se entiende- ya provocada. Seguramente, la ley se está poniendo en el caso de una partición que ha sido provocada por otro coasignatario, y en la que el marido se niega a participar como administrador de los bienes propios de la mujer.

7.4. Obligación que pesa sobre los guardadores o sobre los padres de un hijo menor de edad.

El art. 1322, inc. 1º, en armonía con lo dispuesto en el art. 1326, inc. 1º, establece que, si actuaren en la partición tutores o curadores, y en general cualquiera

otro que administre bienes ajenos por disposición de la ley -aquí quedan comprendidos, según vimos, los padres-, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos o hijos, sin *autorización judicial*. Sin embargo, siguiendo a Somarriva, en el caso de los padres, según lo dicho, sólo se debe pedir la autorización judicial cuando la partición sea hecha ante un juez partidador (caso en que se aplica el art. 1322) y no cuando dicha partición sea hecha de común acuerdo por los comuneros (caso en el que se aplica el art. 1325).

El art. 396, por su parte, preceptúa que, sin previo decreto judicial, no podrá el tutor o curador proceder a la división de bienes raíces o hereditarios que el pupilo posea con otros en comunidad, salvo que el juez, a petición de otro comunero o coheredero, hubiere decretado la división.

Los tribunales han concluido, interpretando el artículo 396 (directamente vinculado, según hemos visto, con el art. 1322), que la mencionada autorización judicial sólo es necesaria cuando quien provoca la partición es el tutor o curador. No se requiere tal autorización, si la partición hubiere sido solicitada por otro comunero.

En todo caso, reiteramos que el padre o madre que ejerce la patria potestad y como tal administra los bienes del hijo, no necesita someter la partición a la aprobación judicial. Esta obligación, contemplada en el art. 1342, sólo rige para los guardadores. Dicho en otros términos: tanto los guardadores como los padres deben obtener **autorización** judicial, pero sólo los primeros están también obligados a obtener la **aprobación** judicial. Es decir, **antes** y **después** de la partición, deben recurrir a la justicia.

8.- Requisitos del partidador nombrado por cualquiera de las personas citadas.

8.1. Requisitos generales.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 1323, el partidador:

- a) Debe ser abogado habilitado para el ejercicio de la profesión;
- b) Debe tener la libre administración de sus bienes, es decir, ser persona capaz.

8.2. Abogados que no pueden desempeñarse como partidadores.

El Código Orgánico de Tribunales, establece por su parte prohibición para ser partidadores a diversos funcionarios del orden judicial, como consecuencia de la prohibición de ejercer la abogacía. Son tales:

- a) Los jueces, ministros y fiscales de los tribunales superiores de justicia (arts. 317 y 480 del Código Orgánico de Tribunales); excepcionalmente, los jueces de Familia podrán actuar como partidadores, liquidando la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, si así lo solicitaren los cónyuges o ex presuntos cónyuges, en el marco de un juicio de separación judicial, divorcio o nulidad de matrimonio (art. 31 de la Ley de Matrimonio Civil en relación al art. 227 del Código Orgánico de Tribunales);
- b) Los notarios (art. 480 del Código Orgánico de Tribunales);
- c) Los funcionarios auxiliares de la administración de justicia.

Pueden desempeñarse como partidadores los defensores públicos y los procuradores del número, porque sólo están inhabilitados para ejercer la profesión de abogado "ante las Cortes de Apelaciones en que actúan" (art. 479 del Código Orgánico de Tribunales).

8.3. Implicancia y recusación del partidador.

Previene el inc. 2º del art. 1323 que serán aplicables a los partidores las causales de implicancia y recusación establecidas en el Código Orgánico de Tribunales para los jueces. Esta regla tiene plena aplicación, cuando el partidor es nombrado por el juez. Sin embargo, cuando es nombrado por el causante o por los coasignatarios, se aplican las siguientes reglas, establecidas en los artículos 1324 y 1325:

- a) Cuando es el causante quien designa al partidor, dos reglas se establecen:
- podrá nombrar partidor al albacea, a un coasignatario o a cualquiera otra persona, aún cuando estuviere comprendida en alguna de las causales de implicancia o recusación del Código Orgánico de Tribunales, siempre que el designado cumpla con los demás requisitos legales (ser abogado y capaz);
 - cualquiera de los interesados podrá acudir al juez del lugar donde debe seguirse el juicio de partición, para que declare inhabilitado al partidor por alguna de las causales indicadas, tramitándose la solicitud de acuerdo a las reglas del Código de Procedimiento Civil para las recusaciones (art. 1324).
- b) Cuando son los coasignatarios quienes designan al partidor, también se establecen dos reglas:
- podrán nombrar partidor al albacea, a un coasignatario o a cualquiera otra persona, aún cuando estuviere comprendida en alguna de las causales de implicancia o recusación del Código Orgánico de Tribunales, siempre que el designado cumpla con los demás requisitos legales (ser abogado y capaz); regla idéntica a la primera que mencionamos cuando es el causante quien nombra partidor (art. 1325, inc. 3º);
 - los partidores nombrados por los interesados, sólo podrán ser inhabilitados por causas de implicancia o recusación posteriores a su nombramiento, es decir, por causas sobrevinientes (art. 1325, inc. 4º).

9.- Carácter del partidor.

a) Partidor nombrado por los coasignatarios.

Por regla general, el partidor es un árbitro de derecho. Con todo, los interesados mayores de edad y libres administradores de sus bienes, podrán darle el carácter de árbitro arbitrador (arts. 648 del Código de Procedimiento Civil y 224 del Código Orgánico de Tribunales).

El partidor también podrá ser un árbitro mixto, vale decir, arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo, aunque alguno de los interesados sea incapaz, pero siempre y cuando:

- se autorice por la justicia; y
- dicha autorización se de por motivos de manifiesta conveniencia.

Si hubiere incapaces, nunca el árbitro podrá ser arbitrador.

b) Partidor nombrado por el causante o por el juez.

En estos casos, el partidor siempre será un árbitro de derecho.

10.- Aceptación del cargo y juramento por el partidor y plazo para su desempeño.

10.1. Aceptación del cargo y juramento.

El partidor debe aceptar expresamente el cargo (art. 1328). Como es obvio, el partidor no está obligado a aceptar el cargo, pero su negativa, en caso de haber sido nombrado por el causante en su testamento, originará las mismas consecuencias jurídicas que afronta el albacea en igual caso (art. 1327): se hará indigno de suceder, a menos que pruebe inconveniente grave (arts. 1277 y 971, inciso 2º).

En todo caso, la indignidad afectará sólo al partidor “nombrado en testamento”. Junto con aceptar el cargo, el partidor prestará juramento de que lo desempeñará fielmente y en el menor tiempo posible (art. 1328).

10.2. Plazo para desempeñar el cargo.

El partidor tiene un plazo de dos años, contados desde la aceptación del cargo, para desempeñar su cometido (art. 1332).

Dicho plazo no puede ser ampliado por el testador.

Los coasignatarios pueden ampliar o restringir el plazo legal, aún contra la voluntad del testador.

El partidor no podrá modificar entonces el plazo sin el consentimiento unánime de las partes.

Previene el art. 647 del Código de Procedimiento Civil que se deducirá del plazo “el tiempo durante el cual, por la interposición de recursos o por otra causa, haya estado totalmente interrumpida la jurisdicción del partidor”.

Expirado el plazo de dos años, el partidor no podría dictar sentencia, a menos que las partes prorroguen su cometido. De no ser así, la sentencia adolecerá de nulidad procesal y será atacable por casación en la forma, por falta de competencia.

11.- Responsabilidad del partidor.

Se refiere a ella el art. 1329, estableciendo que se extenderá hasta la culpa leve.

El precepto señala las consecuencias jurídicas de la prevaricación en la que pudiere incurrir el partidor:

- el partidor deberá indemnizar los perjuicios;
- quedará sujeto a las penas que correspondan al delito (arts. 223 a 227 del Código Penal); y
- se hará indigno de suceder al causante, conforme al art. 1300, en el título de los albaceas.

Recordemos que prevaricar es dictar, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia.

El partidor debe velar además por el pago de las deudas hereditarias y el impuesto a la herencia. Para ello:

- formará una hijuela para el pago de las deudas conocidas, so pena de responder de todo perjuicio ante los acreedores (art. 1336);
- velará por el pago del impuesto de herencia, ordenando su entero en arcas fiscales y reservando o haciendo reservar bienes necesarios para el pago (art. 59 de la Ley N° 16.271). De omitir esta obligación, se hará solidariamente responsable del pago del impuesto y se le impondrá una multa (art. 70 de la misma ley).

12.- El juicio de partición.

12.1. Competencia del partidor.

En tres grupos podemos dividir las materias que corresponde dilucidar en el marco de la sucesión por causa de muerte:

- a) Cuestiones que son de la exclusiva competencia del partidor;
- b) Cuestiones de las que jamás puede conocer el partidor; y
- c) Cuestiones de las que puede conocer, según las circunstancias, el partidor o la justicia ordinaria.

- a) Cuestiones que son de la exclusiva competencia del partidor.
El art. 651, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil, consigna que el partidor conocerá de todas las cuestiones que “debiendo servir de base para la repartición, no someta la ley de un modo expreso al conocimiento de la justicia ordinaria”.
Dos son las misiones fundamentales del partidor:
- liquidar la herencia para determinar lo que a cada asignatario corresponde; y
 - distribuir los bienes entre ellos, en proporción a sus derechos.
- Para el cumplimiento de tales fines, el partidor, por ejemplo, debe interpretar las cláusulas del testamento, determinar si un bien admite o no cómoda división, si una donación se hizo a título de legítima, de mejora o con cargo a la parte de libre disposición, las recompensas que los cónyuges se deban entre sí, etc.
- b) Cuestiones de las que jamás puede conocer el partidor.
Los artículos 1330 y 1331 señalan las materias de las que no puede conocer el partidor:
- Es incompetente para decidir quiénes son los partícipes y cuáles sus respectivos derechos (por ejemplo, validez o nulidad del testamento, vínculos de parentesco, desheredamientos, incapacidades, indignidades, etc.). Art. 1330.
Ambas materias deben estar resueltas por la justicia ordinaria, con antelación a la partición. Si eventualmente se presentaren estas materias en el curso de la partición, ésta deberá suspenderse hasta resolverlas.
 - Es incompetente para resolver cuáles son los bienes comunes y las pretensiones sobre dominio exclusivo (art. 1331).
Podría ocurrir que alguien alegue un derecho exclusivo sobre un bien, y por ende exija excluirlo de la partición. En todo caso, a diferencia de la hipótesis anterior, no se suspenderá en principio la partición, sin perjuicio de excluir de la misma, por el momento, el bien en cuestión. Si los bienes sobre los cuáles se alega dominio exclusivo conformaren una parte considerable de la masa partible, podrá suspenderse la partición. De resultar infundada en definitiva la pretensión, se procederá como lo establece el art. 1349, es decir, se hará la partición del bien o de los bienes.
- c) Cuestiones de las que puede conocer, según las circunstancias, el partidor o la justicia ordinaria.
Distinguimos al efecto:
- El partidor es competente para conocer de las cuestiones sobre formación e impugnación de inventarios y tasaciones, cuentas de albaceas, comuneros o administradores de bienes comunes (art. 651, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil); conocerá sin embargo la justicia ordinaria, si quienes las promueven no han aceptado el compromiso, o éste caducó, o no se ha constituido aún (art. 651, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil);
 - Las cuestiones sobre administración proindiviso son, alternativamente, de competencia del partidor y de la justicia ordinaria; corresponderá conocer:
1º al partidor: cuando se hubiere organizado el compromiso y mientras subsista la jurisdicción del partidor, a él corresponderá decretar la administración proindiviso y nombrar los administradores (art. 653, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil);
2º a la justicia ordinaria corresponderán los actos anteriores: mientras no se haya constituido el juicio divisorio o cuando falte el árbitro que debe entender de él (art. 653, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil).
 - El partidor o la justicia ordinaria serán competentes, a elección del interesado, cuando se trate de un tercero que tenga derechos que hacer valer sobre los

bienes comprendidos en la partición (art. 656 del Código de Procedimiento Civil);

- Para ejecutar la sentencia definitiva, el que pida su cumplimiento podrá recurrir al partidor o a la justicia ordinaria, a su elección (art. 635, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil). Con todo, necesariamente habrá que recurrir a la justicia ordinaria, cuando el cumplimiento de la sentencia suponga decretar apremios o afecte a terceros que no sean parte en el compromiso (art. 635, inc. 3º del Código de Procedimiento Civil).

12.2. Operaciones previas a la partición.

Puede ocurrir que la sucesión sea testamentaria y el testamento fuere cerrado, caso en el cual será necesario proceder a su apertura; o si fuere un testamento abierto pero otorgado sólo ante testigos, proceder a su publicación; o si fuere un testamento verbal, ponerlo por escrito.

De igual forma, deberá procederse a pedir la posesión efectiva del causante, y practicar inventario y tasación de los bienes que serán objeto de la partición.

a) Facción de inventario.

Normalmente, el inventario se efectuará al inicio de la tramitación de la posesión efectiva, y, por lo tanto, precederá a la partición, que se efectuará recién concluida dicha posesión efectiva.

Si por alguna circunstancia, no se hubiere hecho inventario de los bienes del causante, dispone el art. 651 del Código de Procedimiento Civil que el partidor será competente para todas las cuestiones "relativas a la formación e impugnación de inventarios".

b) Tasación de los bienes.

Como es obvio, resulta indispensable avaluar los bienes que serán distribuidos entre los coasignatarios.

Normalmente, la tasación se hará por peritos (art. 1335). El Código de Procedimiento Civil señala sin embargo los casos en los cuales es posible prescindir de la tasación por peritos, aunque haya incapaces entre los interesados. Distinguiamos al efecto:

- Si se trata de bienes muebles: se requiere sólo el acuerdo unánime de los interesados;
- Si se trata de bienes raíces, no basta con el consentimiento unánime de los partícipes, pues además deben existir en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes;
- Tampoco se requiere tasación pericial, cuando se trate de fijar un mínimo para licitar bienes raíces en pública subasta (art. 657 del Código de Procedimiento Civil).

12.3. Liquidación y distribución.

Dos operaciones fundamentales, comprende la partición: liquidar y distribuir (art. 1337 del Código Civil).

a) Liquidación.

a.1) Concepto.

Consiste en establecer el valor en dinero del derecho de cada uno de los partícipes.

a.2) Operaciones que comprende.

- Deberá precisar el partidor cuáles son los bienes que se trata de partir, separando los bienes de terceros de aquellos del causante (art. 1341). Dicho de otra forma, debe, a partir del acervo bruto, determinar el acervo líquido.
- Deberá determinar cuál es el pasivo de la sucesión, cuáles son las bajas generales de la herencia, para determinar el acervo líquido.
- Si fuere el caso, dispondrá el partidor que se formen el primero o segundo acervo imaginario, según corresponda.

b) Distribución.

b.1) Concepto.

Es la repartición entre los comuneros de bienes que satisfagan sus derechos.

Para efectuar dicha repartición, el partidor se atenderá, primero, al acuerdo unánime de las partes. A falta de dicho acuerdo, el partidor se sujetará a las normas supletorias de la ley (art. 1334).

b.2) Reglas que regulan la distribución.

Son estos:

- Se reparten los mismos bienes indivisos;
- Cada partícipe tiene derecho para pedir que se le dé una parte proporcional de tales bienes, formando para tal fin lotes o hijuelas (los que estarán formados, en lo posible, por bienes de la misma naturaleza y calidad, art. 1337 reglas 7º y 8º); si no hubiere acuerdo entre los comuneros para adjudicarse los lotes, se procederá a su sorteo (art. 1337, regla 9º); si los bienes no fueren susceptibles de división material, se adjudicarán a uno o más de los comuneros o se venderán en pública subasta, distribuyendo el dinero entre los interesados (art. 1337, regla 1º);
- La regla 2º del artículo 1337, establece que no habiendo interesados que ofrezcan más que el valor fijado para el bien que se posee indiviso, y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, el legitimario será preferido al que no lo sea. Hoy, esta regla sólo puede operar si la sucesión fuere testada, porque si es enteramente intestada, no pueden concurrir legitimarios con quienes no lo sean;
- Las reglas 3º, 4º y 5º del art. 1337 se refieren a la división de los inmuebles, estableciéndose:
 - 1º Las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a una persona deben ser, en lo posible, continuas;
 - 2º Se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique al asignatario y otro fundo del cual éste sea dueño;
 - 3º Se establecerán las servidumbres necesarias entre los fundos que se dividan;
- La actual regla décima del art. 1337 rompió la igualdad entre los comuneros para adjudicarse los bienes indivisos, al consagrar el derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge sobreviviente, sobre los bienes indicados en el numeral, lo que constituye otra manifestación del carácter de asignatario preferente que le da la ley al viudo o viuda, frente a los demás legitimarios. Con ello, se quiebra en nuestro CC el principio universal de la igualdad, que al decir de los juristas franceses era "el alma de las particiones";
- La actual regla 11º del art. 1337 deja en claro que los actos de división y adjudicación y venta a terceros que se realicen conforme a las reglas que anteceden, no exigirán aprobación judicial para llevarlos a efecto, aun cuando algunos o todos los coasignatarios sean menores o no tengan la libre administración de sus bienes.
- Distribución de las deudas: se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas en la herencia (art. 1340). Puede ocurrir que el causante o los propios herederos establezcan una forma distinta de distribuir las deudas.

Con todo, respecto de las deudas hereditarias, lo que fije el testador al efecto o acuerden los herederos, no empece a los acreedores, quienes podrán demandar a la totalidad de los herederos para que respondan por su cuota en la herencia (eventualmente, podrá demandárselos por el total de la obligación, por separado, cuando el causante y el acreedor hubieren pactado indivisibilidad, de conformidad al art. 1526 N° 4 y al artículo 1528; pero si la obligación fuere solidaria, ésta no se transmitirá a los herederos del obligado, art. 1523). En cambio, tratándose de las deudas testamentarias, lo que establezca el testador sí será oponible al asignatario, pero éste no está obligado a respetar el convenio de los herederos (artículo 1373).

- Distribución de los frutos: los artículos 1338 y 1339 regulan la materia:
 - 1° Regla general sobre distribución de los frutos percibidos durante la indivisión: los frutos pertenecen a los dueños de las cosas fructuarias, en la proporción de sus derechos en tales cosas;
 - 2° Dominio de los frutos, cuando existen legados de especie o cuerpo cierto: no pertenecen a los herederos, sino a los legatarios, desde el momento mismo de la apertura de la sucesión (art. 1338 números 1 y 3). Con todo, si el legado se deja bajo una condición suspensiva o sujeto a un plazo suspensivo, entonces los frutos que produzca la cosa hasta el cumplimiento de la condición o la llegada del plazo, pertenecerán a los herederos;
 - 3° Dominio de los frutos, cuando existen legados de género: sólo se deberán los frutos que la cosa produzca una vez constituidos en mora los herederos (art. 1338 N° 2).
 - 4° Formación del cuerpo de frutos: para distribuirlos, se forma una cuenta especial, con un activo y un pasivo propios. El activo estará compuesto por los frutos naturales y civiles que se produzcan durante la indivisión (entre ellos, incluso los intereses pagados por los propios partícipes por los dineros recibidos como anticipo de su haber). El pasivo corresponderá a los gastos de explotación necesarios para producir los frutos.
 - 5° Frutos pendientes al tiempo de las adjudicaciones: se mirarán como parte de las especies adjudicadas, tomándose en cuenta para estimar el valor de las mismas (art. 1339).

b.3.) Ventas y adjudicaciones.

Dos destinos pueden tener los bienes comunes: se adjudican o se venden.

Los bienes son adjudicados cuando su dominio exclusivo se atribuye a un comunero en pago de su cuota. Y se venden, cuando los adquiere un extraño a la comunidad.

Lo más frecuente es que las adjudicaciones se verifiquen en el curso de la partición, en virtud de los acuerdos adoptados en los comparendos del juicio particional. Si el bien adjudicado fuere inmueble, el acuerdo respectivo o la decisión del partidor deberán reducirse a escritura pública. Lo anterior se explica, porque al Conservador de Bienes Raíces deben presentarse instrumentos auténticos.

Al adjudicarse bienes a un comunero, lo normal será que éste pida imputar a su haber el valor de la adjudicación. De lo contrario, pagaría una suma de dinero que después habría que restituirle, lo que carece de sentido. Para los efectos anteriores, el partidor fijará prudencialmente y de manera provisional, el haber o cuota de cada partícipe (art. 660 del Código de Procedimiento Civil).

Durante la partición, también pueden venderse bienes en pública subasta, con admisión de comuneros o de terceros extraños. La subasta debe anunciarse por medio de avisos, en un diario de la comuna, de la capital de provincia o de la región, según corresponda. Pero si hubiere incapaces entre los interesados, deberán publicarse cuatro avisos, mediando entre la primera publicación y el remate a lo menos 15 días (art. 658 del Código de Procedimiento Civil).

El partidor será el representante legal de los vendedores, en las enajenaciones que se verifiquen por intermedio del primero, suscribiendo en tal calidad las escrituras públicas pertinentes (art. 659 del Código de Procedimiento Civil).

A su vez, nada impide que los comuneros acuerden en el respectivo juicio de partición que la venta no se realice mediante subasta pública, sino que en forma privada. Al respecto, señala Fernando Alessandri lo siguiente: "VENTA PRIVADA. En los comparendos pueden los interesados acordar la venta privada de uno o más bienes comunes para repartirse el precio. Un vez tomado dicho acuerdo, la compraventa se celebrará como cualquiera otra extrajudicial, sometiéndose a las normas generales del derecho civil; no rigen a su respecto las disposiciones relativas a la partición".⁶

Por su parte, el art. 1334 del Código Civil expresa lo siguiente: "El partidor se conformará en la adjudicación de los bienes a las reglas de este título; salvo que los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa".

Somarriva dice al respecto: "Ahora bien, en cuanto a la forma de efectuar la distribución de los bienes comunes, antes que nada debe estarse a lo que las partes acuerden unánimemente. Sólo en caso de no producirse la unanimidad, el partidor deberá sujetarse en la distribución, en las adjudicaciones a lo que establece el art. 1337. Así lo manifiesta el legislador en el art. 1334, al decir (...). el art. 1334 transcrito es la confirmación más palpable de que en materia de partición la voluntad de las partes juega un rol preponderante, lo que hace que este juicio sea *sui generis* y participe en cierto modo de los caracteres de los contratos. Si no hay acuerdo en contrario, el partidor deberá ceñirse a lo dispuesto en el art. 1337".⁷

Más adelante, el mismo Somarriva agrega: "En las enajenaciones el partidor es representante legal de la sucesión. Dispone el art. 659 del Código de Procedimiento Civil: 'En las enajenaciones que se efectúen por conducto del partidor se considerará a éste representante legal de los vendedores, y en tal carácter suscribirá los instrumentos que, con motivo de dichas enajenaciones, haya necesidad de otorgar'. La representación aludida la tiene el partidor por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de que las partes expresamente se la confieran. Hay concordancia entre lo dispuesto en el artículo transcrito y lo establecido en el art. 671 [del Código Civil], según el cual en las ventas forzadas el juez es el representante legal del tradente".⁸

De lo expuesto, puede concluirse:

- i.- Si ya se inició un juicio de partición, los comuneros no están impedidos de proceder a una venta privada, pero siempre que así lo acuerden en forma unánime, "en comparendo", o sea ante el Juez Partidor.
- ii.- En tal caso, la escritura de compraventa será como cualquiera otra, concurriendo todos los comuneros. A mayor abundamiento, se sugiere que también comparezca el Juez Partidor, aunque nos parece que ello no es obligatorio.
- iii.- De no haber acuerdo unánime, la venta deberá hacerse en pública subasta, y la escritura de venta será suscrita por el Juez Partidor, como representante legal de la comunidad.

b.4) Hipoteca legal.

Como sabemos, el Código de Procedimiento Civil, a propósito del juicio particional, establece un caso de hipoteca legal. El art. 660 dispone que, salvo acuerdo unánime de las partes, el comunero que reciba en adjudicación, durante el juicio divisorio, bienes por un valor superior al 80% de su probable haber, deberá pagar de contado el exceso o alcance que resulte en su contra. A contrario sensu, si los bienes adjudicados no exceden el porcentaje indicado, el adjudicatario podrá adjudicárselos sin desembolsar de inmediato el exceso.

⁶ Alessandri Rodríguez, Fernando, ob. cit., N° 200, pp. 143 y 144.

⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., N° 476, p. 397.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., N° 488, p. 410.

Si el valor de los bienes comprendidos en la adjudicación excede el 80% del haber probable del adjudicatario y éste no pagare al contado el exceso, se entenderá, por el ministerio de la ley, constituida hipoteca sobre los bienes raíces adjudicados para garantizar el pago del exceso (art. 662 del Código de Procedimiento Civil). La hipoteca deberá inscribirse conjuntamente con la adjudicación.

La hipoteca podrá sustituirse por otra garantía equivalente, calificada por el partidor (art. 662 del Código de Procedimiento Civil).

b.5) Intereses sobre anticipos.

Los valores que los partícipes reciban a cuenta de sus derechos, devengarán los intereses que las partes acuerden y a falta de estipulación, intereses corrientes (art. 661 del Código de Procedimiento Civil). Los intereses pagados ingresarán al cuerpo de frutos.

b.6) El laudo y la ordenata.

De conformidad a lo previsto en el art. 663 del Código de Procedimiento Civil, los resultados de la partición se consignarán en un **laudo o sentencia final**, que resuelva o establezca todos los puntos de hecho y de derecho que deben servir de base para la distribución de los bienes comunes y en una **ordenata o liquidación**, en que se hagan los cálculos numéricos necesarios para dicha distribución.

El laudo, o sentencia que pone fin al juicio particional, contiene:

- una referencia al nombramiento del partidor, aceptación del cargo y juramento;
- expresará el objeto de la partición e individualizará a las partes;
- mencionará los trámites previos indispensables: tasación, inventario, posesión efectiva;
- ordenará formar el cuerpo común de bienes y señalará cuáles lo integran;
- señalará las bajas generales;
- fijará la cuota que corresponda a cada interesado, de acuerdo a la ley y al testamento, de haberlo, y mandará que se les forme su respectiva hijuela;
- ordenará formar el cuerpo de frutos, de haberlos, y señalará sus bajas;
- ordenará formar la hijuela de deudas e indicará la forma de pagarla y los bienes que se destinarán a tal objeto, etc.

La ordenata es un cálculo numérico de las decisiones del laudo. Las partidas o cálculos más importantes del laudo son:

- El cuerpo de bienes, con indicación de su valor;
- Las bajas generales, según el laudo;
- El cuerpo de frutos y sus bajas;
- El acervo líquido partible; y
- Cómo se divide la herencia entre los partícipes.

b.7) Aprobación de la partición.

Con el objeto de proteger los intereses de los incapaces, la ley establece la necesidad de aprobar judicialmente la partición. Con todo, la sola presencia de incapaces entre los partícipes, no obliga a obtener la aprobación judicial de la partición. En efecto, de conformidad al art. 1342, será necesario obtener dicha aprobación, en dos casos:

- Cuando ha sido parte un ausente representado por un curador de ausentes;
- Cuando han sido parte personas sujetas a guarda. En relación a este caso, dispone el art. 399 que hecha la *división de una herencia o de bienes raíces* que el pupilo posea con otros proindiviso, será necesario, para que tenga efecto, nuevo decreto de juez, que, con audiencia del respectivo defensor, la apruebe y confirme.

En ambos casos la partición surtirá sus efectos desde que quede a firme la resolución judicial que la apruebe.

13.- Efectos de la partición.

Dos cuestiones fundamentales debemos estudiar en esta materia: el efecto declarativo de la partición y la garantía que recíprocamente se deben los comuneros.

13.1. Efecto declarativo de la partición.

a) Concepto de adjudicación.

Adjudicar, en un sentido amplio, significa declarar que una cosa pertenece a una persona o atribuírsela en satisfacción de su derecho (por ejemplo, arts. 1264 y 2397).

En un sentido restringido, la adjudicación es la atribución del dominio exclusivo de ciertos bienes a una persona que era dueño proindiviso. Dicho de otra forma, la adjudicación en sentido estricto es el acto por el cual se entrega a un comunero determinados bienes, a cambio de su cuota en la comunidad (por ende, si quien adquiere los bienes fuere un extraño a la comunidad, no habrá adjudicación, sino compraventa).

b) Efecto declarativo de la adjudicación.

Nuestro Código Civil confiere un carácter declarativo a la adjudicación. Ello implica que, por una ficción legal, se supone que el adjudicatario adquirió el dominio no en el momento en que se le hizo la adjudicación, sino desde el momento mismo en que se adquirió la cosa en comunidad (art. 1344). La adjudicación tiene entonces efecto retroactivo, entendiéndose que el dominio exclusivo se tiene desde el momento en que falleció el causante. Recordemos que la materia fue analizada también en el ámbito de la copropiedad y a propósito de la inconveniencia de la hipoteca de cuota.

Como contrapartida de reconocer con efecto retroactivo el derecho exclusivo sobre la cosa adjudicada, se supone que el adjudicatario no ha tenido jamás derecho alguno sobre los restantes bienes de la sucesión, adjudicados a otros partícipes.

En todo caso, no vaya a creerse que el art. 1344 se aplica exclusivamente a la partición de la herencia. Se trata de una norma general, aplicable a la partición de cualquier comunidad.

c) Consecuencias del efecto declarativo.

Son las siguientes:

- Si alguno de los coasignatarios hubiere enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro, se procederá como en el caso de la venta de cosa ajena (art. 1344, inciso 2º);
- La hipoteca de cuota constituida por el comunero subsistirá y se extenderá a todo el inmueble, si se le adjudica el bien raíz y caducará en caso contrario (art. 2417);⁹
- El adjudicatario se presume que poseyó exclusivamente la cosa adjudicada durante todo el tiempo que duró la indivisión (art. 718);
- No impiden adjudicar los embargos o medidas precautorias decretados sobre los bienes comunes, porque lo que constituye objeto ilícito es la "enajenación", y adjudicar no implica enajenar; si el bien embargado se adjudica al deudor, subsistirá el embargo, y en caso contrario, caducará;
- La inscripción de las adjudicaciones (arts. 687 y 688) no suponen tradición, sino una medida de publicidad.

13.2. Acciones de garantía.

a) Justificación.

⁹ Nos remitimos a lo expuesto acerca de este punto en "La Hipoteca".

A consecuencia del efecto declarativo de la partición, cada partícipe se supone que sucede directamente al causante, como heredero exclusivo. Así las cosas, y atendida esta ficción de la ley, el derecho del adjudicatario no emana de los demás partícipes. ¿Cómo se explica entonces que los partícipes se deban una recíproca garantía, como si se tratara por ejemplo de una compraventa, en la que el vendedor responde del saneamiento de la evicción?

Pothier señala que la única razón en que se funda la obligación de garantía de los copartícipes es la igualdad que debe reinar en las particiones, que resultaría vulnerada por la evicción que sufriera uno de ellos en las cosas adjudicadas; por lo tanto, producida la evicción, es necesario que los copartícipes restablezcan la aludida igualdad.

b) Obligación de saneamiento de la evicción.

Se consagra en el art. 1345. Opera en la misma forma que explicamos a propósito de la compraventa.

c) Casos en que no procede el saneamiento de la evicción.

Están señalados en el art. 1346:

- Si la evicción o molestia sobreviene por causa posterior a la partición;
- Si se hubiere renunciado a la acción de saneamiento; y
- Si la molestia o evicción se produce por culpa del adjudicatario.

d) Indemnización en caso de evicción.

Se refiere a ella el art. 1347:

- El pago del saneamiento se divide entre los partícipes a prorrata de sus cuotas;
- La insolvencia de uno de los copartícipes, gravará a los demás, incluido la víctima de la evicción.

e) Prescripción de la acción de saneamiento.

Prescribirá la acción en el plazo de 4 años, contados desde el día de la evicción (art. 1345). Igual como se indicó al estudiar la compraventa, este plazo se refiere a la acción para reclamar las indemnizaciones, una vez producida la evicción. Pero el derecho a citar de evicción no prescribe. En otras palabras, la prescripción está vinculada a la obligación de dar que puede pesar sobre los partícipes (indemnizar al adjudicatario evicto), pero no a la obligación de hacer (comparecer a defender al adjudicatario).

14.- Nulidad de la partición.

De acuerdo al art. 1348, las particiones se anulan de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. Pero sin perjuicio de esta regla general, cabe considerar una causal propia de nulidad, cual es aquella originada por lesión. En efecto, estamos ante uno de los pocos casos en los cuales la ley hace operar la lesión como sanción. Se entiende que habrá lesión en la partición, cuando el partícipe ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Tal ocurriría, por ejemplo, si la cuota del comunero ascendía a \$100.000.000.-, y se le adjudica un solo bien, avaluado por los comuneros en dicho monto, pero cuyo valor real sólo ascendía a \$30.000.000.-

Por cierto, el valor del bien debe estimarse al tiempo de la partición.

La nulidad originada por lesión es la relativa, pues está establecida en interés de ciertas personas, los partícipes de la partición.

La ley permite a los partícipes enervar la acción de nulidad por lesión (art. 1350), pagando una cantidad suplementaria que restablezca la igualdad quebrantada.

Con todo, no podrá pedir la declaración de nulidad el partícipe que hubiere enajenado su porción total o parcialmente (art. 1351). La expresión "porción" utilizada en el precepto, no alude a la cuota en la herencia, sino a los bienes adjudicados al asignatario. A juicio de Meza Barros, la enajenación impediría incluso pedir la

declaración de nulidad absoluta, constituyendo por ende el art. 1351 una norma excepcional al principio general del art. 1683.¹⁰

Con todo, el partícipe podrá pedir que se declare la nulidad de la partición, cuando el asignatario hubiere sufrido de error, fuerza o dolo de que le resulte perjuicio.

La acción de nulidad prescribirá de conformidad a las reglas generales (art. 1352).

El art. 1353 franquea la posibilidad de entablar una acción de indemnización de perjuicios, cuando el partícipe no está en situación de demandar la nulidad o no desea hacerlo (por ejemplo, si el dolo que sufrió fue incidental y no principal; o el perjuicio que sufrió no excede la mitad de su cuota).

15.- ¿Procede demandar la resolución de una partición?

¿Podría demandarse, por otra parte, la resolución de una partición, en el caso de que no se pague un "alcance" que se hubiere originado al adjudicarle uno o más bienes a uno de los comuneros? Por ejemplo, se adjudica un inmueble a un comunero en la suma de \$200.000.000.-, pero su cuota ascendía a \$190.000.000.-. Queda pues un alcance que el adjudicatario le debe a los restantes comuneros o a uno o alguno de ellos en particular y que el primero se obliga a pagar en un cierto plazo. En el evento de no efectuar el pago en el plazo convenido, ¿puede demandarse por el acreedor o por los acreedores la resolución de la partición?

La doctrina y jurisprudencia rechazan la posibilidad de pedir la resolución de la partición, fundamentalmente porque ésta no es un contrato; porque nada dice el art. 1348; y porque el derecho de los adjudicatarios no emana de sus copartícipes sino directamente del causante.

En efecto, Meza Barros descarta la posibilidad de que pueda operar en una partición la condición resolutoria tácita, señalando los siguientes argumentos formulados por la jurisprudencia:

"a) La regla del art. 1348 sugiere que las particiones no son un contrato. Si así no fuere, la norma resultaría innecesaria o el legislador habría dicho que eran susceptibles de rescindirse o anularse como 'los demás contratos'.

b) Por otra parte, es sugestivo el silencio que guarda el art. 1348 respecto de la posibilidad de resolverse la partición.

c) La resolución de los contratos bilaterales se funda en evidentes razones de equidad. Una parte se obliga en vista de la obligación recíproca que la otra parte contrae. Es justo que si una parte rehúsa cumplir, la otra pueda rehusar el cumplimiento, tanto para liberarse de su obligación, como para obtener la restitución de lo que haya dado. Tales consideraciones no juegan en la partición y no se concilian con el efecto declarativo que la ley les atribuye; el derecho de los adjudicatarios no emana de sus copartícipes sino directa e inmediatamente del causante.

d) Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil ha creado, para garantía de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios, una hipoteca legal. De este modo se obtiene una segura garantía de que el partícipe cumplirá las obligaciones que en la partición se le impusieron.

e) La resolución de la partición obliga a realizarla íntegramente de nuevo. Es lógico pensar que el legislador ha querido precaver esta consecuencia y optar por un sistema que, sin este inconveniente, asegure el cumplimiento de las prestaciones impuestas al adjudicatario".¹¹

¹⁰ Meza Barros, Ramón, *Manual de sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 9ª edición actualizada por Pedro Pablo Vergara Varas, 2008, N° 759, p. 188.

¹¹ Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 763, p. 189.

Fernando Alessandri llega a la misma conclusión, considerando argumentos similares: "El problema de si cabe en las particiones la condición resolutoria tácita surge con motivo de las adjudicaciones hechas a un copartícipe con cargo de pagar los alcances a uno o más de los otros. Si no pagan, ¿es aplicable la norma de que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado? La respuesta definitiva de los autores y la jurisprudencia es no, mil veces no. Variados argumentos abonan la negativa, entre otros, los que a continuación se enuncian.

a) la condición resolutoria tácita hállase establecida en el artículo 1489 del Código Civil para los contratos bilaterales y la partición, si bien tiene algunos rasgos, caracteres o perfiles de contrato, decididamente no lo es. Pónelo de relieve el mismo legislador al decir que 'las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos' (C. Civil, artículo 1348). Con estas palabras claramente se significa que a una figura que no es contrato se le aplican, en determinadas materias, las reglas de éste.

b) Pero ese dejó de contrato que tiene la partición, ¿no autoriza aplicarle por analogía el artículo 1489? No, porque la calificada por nuestro legislador como condición resolutoria tácita constituye, a juicio del mismo legislador, una modalidad, y, todavía, una modalidad que la ley ordena tácitamente entender, todo lo cual la erige en un instituto excepcional que repugna de la aplicación analógica o extensiva.

c) La partición traslaticia, la de corte romano, podría admitir la condición resolutoria tácita, pero no la declarativa como es la de nuestro derecho; ella, aunque las adjudicaciones se hagan con alcances, siempre supone que el adjudicatario adquiere los bienes directamente del causante y no de los otros partícipes.

d) Si bien las conjeturas no tienen gran valor en la interpretación de las leyes, no deja de llamar la atención que el legislador se ocupe de la nulidad y rescisión de la partición, sujetándolas a las reglas de los contratos, y nada diga de la resolución del acto divisorio. Parece haber un silencio excluyente.

e) El Código de Procedimiento Civil, al establecer la hipoteca legal, demuestra que quiso garantizar los alcances de un comunero en favor de los demás, sin los inconvenientes de la condición resolutoria tácita que, al operar, obliga a efectuar una nueva partición".¹²

¹² Alessandri Rodríguez, Fernando, ob. cit., N° 278, pp. 193 y 194.