

LA PARTICIÓN DE BIENES

I. GENERALIDADES

Es necesario partir por entender que esta tiene lugar cuando nos encontramos frente a un “estado de indivisión”, el cual no se presenta en exclusivo en la sucesión por causa de muerte sino que además en una serie de situaciones jurídicas.

Se está en presencia de un estado de indivisión cuando tienen derecho de cuota sobre una misma cosa dos o más personas, siendo fundamental para su existencia que los derechos de sus titulares sean de análoga naturaleza.¹

La concurrencia de varios herederos producirá al fallecimiento del causante un estado de indivisión respecto de los bienes que comprenden la masa hereditaria. A través de la partición se pretende poner fin dicho estado, al asignarle a cada heredero los bienes que le correspondan según sea su derecho. Existe una indivisión a título singular y a título universal, clasificación que se desprende del artículo 1317. Cuando la indivisión recae sobre una cosa singular corresponde a una copropiedad, y si recae sobre una universalidad, la llamaremos comunidad.

Es importante tener presente que según el criterio de nuestro Código Civil, la indivisión es vista como un simple “estado de transición hacia el dominio individual”², y al decir de algunos profesores se trata de un estado que el propio Andrés Bello no miraba con buenos ojos, en el sentido que justamente debe ser mantenido sólo por un breve lapso, el necesario para que se produzca la correcta asignación de los bienes según corresponda a los derechos cuotativos de cada comunero.

Mientras dura la indivisión cada heredero tiene un derecho de cuota sobre los bienes indivisos, este derecho no se radica en bienes determinados, sino que sobre la totalidad de la masa hereditaria, así luego de la partición esa cuota ideal y abstracta se radicará en bienes determinados.

Un fallo de la Corte suprema define la partición de bienes como: *“un conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal poseído proindiviso en partes o lotes que guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos”*.³

Hay que considerar que la reglamentación que señala el Código Civil respecto a la partición de bienes, comprendida en el Título X del Libro III, artículo 1317 y siguientes, no se aplica exclusivamente a la partición de bienes hereditarios como podría pensarse por la ubicación de esta reglas, sino que estas son de aplicación general, y tendrán lugar en la división de toda comunidad, como por ejemplo en la liquidación de la sociedad conyugal, en la liquidación de las sociedades civiles., etc.

1 Manuel Somarriva U., Versión de René Abeliuk M, “Derecho Sucesorio”, tomo II, pág. 571.

2 Manuel Somarriva u., Versión de René Abeliuk M, “Derecho Sucesorio”, tomo II, pág. 572.

3 “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo XXIII, sección 1ª, pág. 256.

II. LA ACCIÓN DE PARTICIÓN.

Al decir del profesor SOMARRIVA resulta más propio hablar de el derecho a pedir la partición, ya que esta no siempre se lleva a cabo con la intervención de la justicia, de todas formas nos referiremos a este derecho como acción de partición.

Esta acción esta comprendida en el artículo 1317, el cual señala: *“Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario.”* Se define esta acción como *aquella que compete a los coasignatarios para solicitar que se ponga término al estado de indivisión* ⁴.

1. CARACTERÍSTICAS:

a.) Es una acción personal, esto quiere decir que debe ser entablada en contra de todos y cada uno de los comuneros. En caso de que sea excluido alguno de los coasignatarios, esta será inoponible al excluido.

b) Es imprescriptible e irrenunciable; esto se desprende del artículo 1317: *“podrá siempre pedirse”*, estas características concurren en esta acción a pesar de su carácter esencialmente patrimonial.⁵

c) Su ejercicio es un derecho absoluto; esto se confirma por el artículo 1317 *“la partición podrá siempre pedirse”*, situación que no impide que existan una serie de limitaciones a la facultad del comunero de solicitar la división de los bienes comunes.

Su titular puede ejercerla sin consideración a los fines que persigue, ni a los intereses que se hallen comprometidos, ni a los daños o perjuicios que puedan provocarse. Lo que es consecuencia de que nuestra ley estima que la indivisión es perjudicial y de que siempre debe preferirse la propiedad individual.

d) La acción de partición no declara una situación jurídica preexistente, sino que al decir de SOMARRIVA: *“produce una verdadera transformación de la situación jurídica anterior”*, ya que el derecho de cuota de los comuneros radicará en bienes determinados.

e) La acción de partición tiene por objeto crear un nuevo estado jurídico sobre las cosas partibles: Lo que persigue esta acción es abrir un procedimiento especial para que se singularice un derecho que corresponda a dos o más personas. Se trata de generar un nuevo estatuto jurídico, diferente de aquel a que están sujetas las cosas indivisas. Lo que importa de esta acción es poner fin al estado de indivisión singularizando el derecho que corresponde a cada comunero. De forma tal que las cosas puedan ser adjudicadas a un comunero, o distintas cosas a diversos comuneros, o a un tercero.

4 Manuel Somarriva U, Versión de René Abeliuk M, “Derecho Sucesorio”, tomo II, pág. 575.

5 Es por algunos profesores discutido el carácter de imprescriptible de esta acción aludiendo a que si puede existir prescripción entre los comuneros, la cual se produciría cuando uno de los comuneros se pretenda dueño único y desconozca el condominio, esto sumado al transcurso del tiempo. Podría pensarse que en este caso no se estaría sino confundiendo la prescripción del derecho a pedir la partición, que es de carácter extintiva, con la prescripción adquisitiva de los bienes que forman parte de el todo hereditario. Pero esta observación, a mi parecer, no puede ser sostenida firmemente, ya no hay que olvidar que el artículo 2517 señala que “Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”, así la acción de prescripción prescribe por la prescripción adquisitiva de los bienes que forman parte de la comunidad.

f) La acción de partición surge de un derecho adquirido, no de derechos eventuales o meras expectativas: La acción de partición supone la existencia de un derecho adquirido sobre las cosas comunes, por tanto quien detenta meras expectativas o un derecho eventual carece de esta acción. Así el artículo 1319, dispone *“si alguno de los coasignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición.”* Este tipo de asignatario carece de todo derecho sobre la asignación mientras pende la condición, salvo de la facultad de impetrar medidas conservativas.

2. SITUACIONES QUE IMPIDEN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE PARTICIÓN:

a.) El pacto de indivisión

El artículo 1317 señala que: *“la partición podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario”* y, en su inciso segundo, señala que la indivisión no puede estipularse por más de 5 años, pero cumplido este termino podrá renovarse el pacto.

En caso de que se estipule la indivisión por un plazo superior a los 5 años, la sanción consistirá en que el pacto obliga sólo respecto de los primeros 5 años, y luego de transcurridos estos cualquiera de los comuneros podrá solicitar la partición, es decir el exceso de plazo les es inoponible.

b.) Los casos de indivisión forzada

Esta excepción se encuentra consagrada en el artículo 1317 inciso final en razón de que el legislador en ciertos casos, tomando en cuenta la naturaleza especial de ciertas comunidades prohíbe su división, tal es el caso de:

- Los lagos de dominio privado, que son aquellos no navegables por barcos de más de cien toneladas, y que son de propiedad de los propietarios riberanos.
- Las servidumbres.
- La propiedad fiduciaria.
- La medianería.
- Edificios divididos por pisos y departamentos.
- Pertenencias mineras.
- Tumbas y mausoleos.
- Indivisión de ciertos predios rústicos.
- La indivisión del hogar obrero.
-

3. Quienes pueden entablar la acción de partición:

1. Los comuneros, pueden pedir la partición los herederos cualquiera sea la categoría que estos tengan, es decir sean ellos universales, de cuota, testamentarios, etc. A los legatarios no les corresponde el ejercicio de la acción de partición.

2. Los herederos de los coasignatarios; tal derecho esta reconocido en el artículo 1321, que señala el hecho de que al fallecimiento de uno de varios coasignatarios, después de habersele deferido la asignación, cualquiera de los herederos de este podrá pedir la partición; pero formarán en ella una sola persona, y no podrán obrar sino todos juntos o por medio de un procurador común. No es

necesario que todos los herederos concurren a pedir la partición, podrá hacerlo solo uno de ellos, pero durante la partición estos deberán actuar conjuntamente o a través de un procurador común.

3. El cesionario de los derechos de un coasignatario; el artículo 1320 le otorga este derecho, el que podrá ser ejercido en los mismos términos que el coasignatario de quien adquirió los derechos. Lo que sucede es que el cesionario de los derechos hereditarios pasa a ocupar el mismo lugar jurídico que el cedente, por lo que lo reemplaza en todos sus derechos y obligaciones referidas a los derechos cedidos.

SITUACIÓN DEL ASIGNATARIO SUJETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA.

El artículo 1319 establece que: *“si alguno de los coasignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición”*. SOMARRIVA considera lógica esta situación ya que el asignatario condicional, mientras esta pendiente la condición solo tiene una expectativa de ser asignatario.

Esto no obsta a que los demás asignatarios que no estén sujetos a una condición suspensiva, puedan pedir la partición.

SITUACIÓN DEL FIDEICOMISO.

El artículo 1319 señala que: *“si el objeto asignado fuere un fideicomiso, se observará lo prevenido en la propiedad fiduciaria”*, en la propiedad fiduciaria corresponde la acción de partición al propietario fiduciario y no al fideicomisario, ya que el derecho de éste está sujeto a condición.

Aquí hay que distinguir si todos los coasignatarios son propietarios fiduciarios, y en este caso ninguno tendrá derecho a pedir la partición ya que la propiedad fiduciaria es un caso de indivisión forzada.

A su vez, si por ejemplo sólo uno de los coasignatarios es un propietario fiduciario y los otros no, la acción de partición le corresponde a este y no al fideicomisario.

SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES DE LOS HEREDEROS.

Artículo 524 y 519 del Código de Procedimiento Civil. El acreedor podrá dirigir su acción sobre la parte o cuota que en la comunidad corresponda al deudor para que se enajene sin previa liquidación, o bien exigir que, con intervención suya, se liquide la comunidad. El artículo 519 autoriza a los demás comuneros a oponerse a la ejecución haciendo valer sus derechos en la indivisión. Esto indica que el acreedor puede ejercer la acción de partición, pero según el artículo 524 no podrá hacerlo en los siguientes casos:

- si existe un motivo legal que impida la partición,
- o que en caso de realizarse esta, se produjere grave perjuicio.

4. CAPACIDAD PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE PARTICIÓN:

La regla general es que los incapaces para deducir la acción de partición deben hacerlo a través de sus representantes legales o con la autorización de ellos.

Tomando en consideración que si bien la partición no implica una enajenación, pero si significa una transformación en la situación jurídica de los comuneros, ya que se pasa de tener un derecho cuotativo

a tener un derecho de propiedad respecto de bienes determinados, es que el Código civil establece una limitación para que los representantes legales soliciten la partición de los bienes del pupilo. El artículo 1322 dispone que: *“los tutores y curadores, y en general quienes administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de los bienes raíces en que tengan interés sus pupilos ni las herencias, sin autorización judicial”*.

SITUACIÓN DE LA MUJER CASADA BAJO EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

El inciso 2º del artículo 1322 dispone que: *“el marido no habrá menester esta autorización para provocar la partición de los bienes en que tenga parte la mujer; le bastará el consentimiento de su mujer, si esta fuere de mayor edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o de la justicia en subsidio”*.

Esta disposición es aplicada sólo al caso de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal. El marido necesitará el consentimiento de su mujer para llevar a cabo la partición de aquellos bienes en que tenga parte su mujer, si no existe este consentimiento la sanción será la rescisión de la partición.

Requerirá a su vez la autorización judicial en los siguientes casos:

- a) Cuando la mujer es menor de edad
- b) Cuando la mujer esta imposibilitada de prestar su consentimiento.

Para que la mujer casada bajo sociedad conyugal pueda por si misma pedir la partición, requerirá de la autorización del marido o de la justicia en subsidio, en caso de negativa o impedimento del marido. En el caso de la mujer casada bajo el régimen de participación en los gananciales, separación de bienes; podrá solicitar por sí la acción de partición y el marido requerirá de mandato especial para hacerlo en su representación.

5. FORMAS DE HACER LA PARTICIÓN.

Se puede hacer de tres formas:

A) PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR

El artículo 1318 señala que: *“Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella en cuanto no fuere contraria a derecho”*.

Según esta disposición el causante puede realizar la partición ya sea por acto entre vivos o a través del testamento. Se señala, además que sólo se “pasará por ella”; es decir, será considerada como válida, en caso de que no sea contraria a derecho.

En el caso de la partición que se efectúa mediante el testamento, esto quiere decir, que el testador no puede contravenir las asignaciones forzosas, especialmente las legítimas, situación que resulta del todo lógica.

B) PARTICIÓN HECHA POR LOS COASIGNATARIOS DE COMÚN ACUERDO.

Artículo 1325 señala que: *“los indivisarios pueden efectuar la partición de común acuerdo, no obstante que en ellos existan incapaces”*. Para esto se requiere el acuerdo unánime de todos los indivisarios.

Antes de la reforma que se realizó a través del artículo 645 del Código Procedimiento Civil al artículo 1325 del Código Civil, solo se admitía esta forma de efectuar la partición en caso de que los todos los indivisarios fuesen capaces, posteriormente la Ley 10.271, de 1952 derogó el artículo 645 del C.P.C. y

modifico el artículo 1325 en el sentido de que se permitirá tal situación aún existiendo incapaces entre los indivisarios.

Para efectuar la partición de común acuerdo se requiere de los siguientes requisitos:

- 1) Que no hayan cuestiones previas que resolver.
- 2) Que los interesados estén de común acuerdo respecto de la forma como efectuar la partición;
- 3) Que la tasación de los bienes se haga de la misma forma que si procediera ante un partidador, y
- 4) Que la partición se apruebe judicialmente en los mismos casos en que sería necesario dicha aprobación si se procediera ante un partidador.

C) PARTICIÓN QUE SE EFECTÚA MEDIANTE LA DESIGNACIÓN DE UN JUEZ ARBITRO, DENOMINADO JUEZ PARTIDOR

Esta se realiza a través de un juez arbitro de derecho denominado "Partidor", en este caso nos encontramos frente a un juicio particional.

El artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales señala que la partición de bienes es materia de arbitraje forzoso.

En partidador es por regla general un árbitro de derecho

El partidador será por regla general un árbitro de derecho, es decir, tramitará, dictará las sentencias y fallará de acuerdo con la ley.

Sin embargo, si las partes son plenamente capaces, pueden convenir darle carácter de arbitrador o mixto, artículo 224 del C.O.T.

No obstante, si alguno de los interesados es incapaz, las partes podrán darle carácter de mixto, previa autorización judicial.

En todo caso aquel partidador nombrado por el causante o por el juez debe ser necesariamente un árbitro de derecho.

Requisitos para ser Juez partidador

Al efecto el artículo 1323 establece que para ser partidador se requiere:

- a.) Ser abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.
- b.) Tener la libre administración de su bienes.

No podrán ser partidadores los funcionarios del poder judicial, en razón de la prohibición de ejercer la abogacía, por lo que no podrán desempeñar este encargo, con la sola excepción de los defensores públicos y procuradores del número, los siguientes funcionarios:

1. Jueces y ministros fiscales de los tribunales superiores de justicia.
1. Notarios.
1. Funcionarios auxiliares de la administración de justicia.

Son aplicables las causales de implicancia y recusación.

El artículo 1323 en su inciso 2º señala que: "*Son aplicables a los partidadores las causales de implicancia y recusación que el Código Orgánico de Tribunales establece para los jueces*".

Nombramiento del Partidor.

El partidor puede ser nombrado por las siguientes personas, a las cuales les corresponderá nombrar al partidor en orden decreciente, es decir, si no es nombrado por el causante le corresponde hacerlo a los coasignatarios, y si estos no lo hacen, corresponderá a la Justicia ordinaria efectuar el nombramiento.

1. El causante: El artículo 1324 establece al efecto que el causante puede efectuar el nombramiento ya sea por acto entre vivos, a través del testamento. Tal y como señala este artículo el nombramiento que realiza el causante puede recaer incluso en un coasignatario, en el albacea, o en alguna persona comprendida en las causales de implicancia y recusación establecidas en el Código Orgánico de Tribunales, siempre que estas cumplan con los requisitos legales exigidos y señalados anteriormente.

En síntesis, el causante podrá designar como partidor a cualquier persona siempre y cuando cumpla con ser abogado y tener la libre disposición de sus bienes, puede ser albacea, coasignatario, o una persona afecta a implicancia o recusación.

1. Los coasignatarios de común acuerdo: Para el caso en que el partidor no sea nombrado por el causante, corresponderá hacer el nombramiento a los coasignatarios, exigiéndose que este sea nombrado a través de un acuerdo unánime el que deberá constar por escrito.

1. La justicia Ordinaria: No habiéndose nombrado un partidor por el causante, y en el caso que entre los coasignatarios no haya habido acuerdo, será el juez el que a petición de cualquiera de ellos, procederá a nombrar un partidor que reúna los requisitos legales, es decir, que sea abogado y plenamente capaz., artículo 1325 inc. final. El artículo 646 del Código de procedimiento Civil establece que en este nombramiento se procederá en la forma establecida para el nombramiento de peritos.

El Juez citará a un comparendo para designar al partidor, se citará a todos los interesados para hacer la designación, el hecho de solicitar al juez que cite a comparendo significa el ejercicio de la acción de partición.

Si en el comparendo no hay acuerdo entre las partes para designar al partidor le corresponderá al juez efectuar el nombramiento, este desacuerdo puede tener al carácter de real o presunto; será real cuando las partes no están de acuerdo en el nombramiento del partidor, y se presumirá que no hay acuerdo cuando no concurren todos los interesados al comparendo. La designación que hace el juez está sujeta a ciertas limitaciones:

- a.) esta no podrá recaer en las primeras dos personas propuestas por las partes;
- b.) sólo podrá designar al partidor como arbitro de derecho, y
- c.) el juez puede designar a "*un solo partidor*", salvo que las partes hayan convenido otra cosa, artículo 1325.

Aceptación y juramento del partidor:

Una vez que ha sido nombrado el partidor, este queda en la libertad de aceptar o no el cargo, así lo señala el artículo 1326.

Según el artículo 1328 el partidor que acepta el cargo deberá declararlo así y jurará desempeñarlo con

la debida fidelidad y en el menor tiempo posible.

Si el partidor jura desempeñar fielmente el cargo, pero no acepta expresamente, estamos en presencia de un vicio de carácter procesal, ya que se trataría de un caso de incompetencia del tribunal, así lo ha resuelto la jurisprudencia, para alegar la concurrencia de este vicio será necesario formular el correspondiente vicio de nulidad o bien a través de la interposición de un recurso de casación en la forma.

Responsabilidades del partidor.

a.) El partidor en conformidad al artículo 1329 responde de culpa leve.

b.) En el caso de que incurra en prevaricación, y si esta es declarada judicialmente, le serán impuestas las siguientes sanciones:

1. Las sanciones penales que correspondan, artículo 223 y 225 Código Penal.
2. Indemnización de los perjuicios causados.
3. Se hace indigno para suceder al causante.

c.) Responsabilidades especiales:

1. Responsabilidades disciplinarias por los abusos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones.
2. Esta obligado a formar el lote o hijuela para el pago de las deudas conocidas, artículo 1336
3. Debe velar porque se reúnan los fondos necesarios, para pagar los impuestos a que de lugar la herencia, como también debe vela por que los comuneros efectúen la correspondiente declaración para efectos del impuesto sobre la renta.

Prohibición de adquirir los bienes comprendidos en la partición

El artículo 1798 prohíbe a los jueces, abogados, etc., adquirir los bienes en cuyo litigio han intervenido, aún cuando la venta se haga en pública subasta, es aplicable al partidor, así lo ha reconocido la jurisprudencia, por lo que el partidor no puede comprar los bienes comprendidos en la partición.

Sólo podría adquirirlos en caso de que el partidor sea un coasignatario, pero en este caso no se trataría de una adquisición, sino que estamos en presencia de una adjudicación.

Plazo para desempeñar el cargo

El artículo 1332 establece que: *“la ley señala al partidor, para efectuar la partición el término de dos años contados desde la aceptación de su cargo”*.

Se aplican las siguientes normas relativas a este plazo:

1. Si es el testador quien ha designado al partidor, este solo podrá restringir este plazo, no puede ampliarlo.
2. Si lo han nombrado las partes, estas pueden ampliar o reducir el plazo a su arbitrio, ya que este es solo supletorio de su voluntad.
3. Si ha sido nombrado por el juez, este no puede ni ampliar ni reducir el plazo sin el acuerdo unánime de las partes.

Competencia del Partidor:

Esta tratada en los artículo 651, 653 y 654 del Código de Procedimiento Civil, y 1330, 1331 del Código Civil.

Se puede decir que dentro de las normas que regulan la competencia del partidor existen tres tipos de asuntos que hay que distinguir como:

1. Asuntos de que conoce en forma exclusiva el partidor.
2. Asuntos que escapan de la jurisdicción del partidor.
3. Asuntos que pueden ser conocidos por el partidor o por la justicia ordinaria, según sea el caso.

Es la voluntad de las partes lo primero que determina la competencia del partidor, por lo que este solo conocerá de aquellas cuestiones que los comuneros decidan someter a su conocimiento.

La competencia del partidor se extiende sólo entre los comuneros, por lo que en principio, conocerá exclusivamente de aquellas cuestiones que se susciten entre ellos, con algunas excepciones, como el caso de los terceros acreedores que tengan derechos que hacer valer en los bienes comprendidos en la partición, en cuyo caso recurrirán al partidor o a la justicia ordinaria a su elección.

Hay ciertas cuestiones que la ley expresamente encomienda su conocimiento al partidor, tal es el caso de:

- a) Aquellas cuestiones relativas a la administración de los bienes.
- b) Cesación del goce gratuito de alguno de los comuneros en alguna de las cosas comunes.

El partidor tiene competencia para conocer de todas aquellas cuestiones que debiendo servir de base a la partición, la ley no las entrega expresamente a la justicia ordinaria, así lo señala el artículo 651 del Código de Procedimiento Civil.

En virtud de los artículo 1330 y 1331 el partidor no puede en ningún caso conocer de las siguientes cuestiones, las cuales son competencia exclusiva de la justicia ordinaria:

1. Quiénes son los interesados en la partición.
1. Cuáles son los derechos que corresponden a cada cual en la sucesión.

1. Cuáles son los bienes comunes a partirse.

El partidor carece de facultades conservadoras, disciplinarias, las cuales sólo han sido entregadas a la justicia ordinaria.

Hay ciertas cuestiones que pueden ser conocidas por el partidor o por la justicia ordinaria, estas son las siguientes:

1. Cuestiones sobre la formación e impugnación de inventarios y tasaciones, cuentas del albacea, comuneros o administradores de bienes comunes, pero conocerá la justicia ordinaria si no han aceptado quienes promuevan el compromiso, o este ha caducado, o no se ha constituido aún.
1. Aquellas cuestiones sobre administración proindiviso.

1. Las cuestiones sobre derechos de terceros que se hacen valer sobre los bienes comprendidos en la partición.

1. Ejecución de la sentencia definitiva de la partición, no obstante a esto, si la sentencia exige procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o ha de afectar a terceros,

se deberá recurrir a la justicia ordinaria.

EL JUICIO DE PARTICIÓN

Antes de realizarse la partición en determinados casos habrá que efectuar algunas operaciones previas, estas son:

1. La Apertura y publicación del testamento; si se trata de una sucesión testada hay que distinguir, si se trata de un testamento abierto otorgado sin la intervención de funcionario público, es decir, aquel que se otorga ante cinco testigos, corresponderá la publicación del testamento, si se trata de un testamento cerrado, la apertura del testamento.
2. La posesión efectiva de la herencia; si bien la ley no la considera como un trámite previo indispensable para la partición, se entiende que sería muy difícil que esta se haga sin que previamente se realice este trámite.
3. Facción de inventario, es decir, que se practique un inventario de los bienes comunes, este se efectúa como consecuencia de la posesión efectiva de la herencia, en caso de no haberse realizado corresponderá al partidor conocer lo relativo a su confección, (artículo 651 del C.P.C.).
4. Tasación de los bienes; a través de esta se determinará cuánto se entregará a cada indivisario, generalmente se efectuará a través de peritos, salvo que se trate de coasignatarios capaces que acuerden por una unanimidad otra cosa.
5. Designación de curador para el incapaz; es necesario nombrar un curador especial al incapaz para que lo represente tanto en la designación del partidor como en la partición.

Inicio del juicio de partición

Practicadas estas diligencias, y una vez que el partidor ha aceptado el cargo, y ha jurado desempeñarlo fielmente, dictara una resolución que manda tener por constituido el compromiso, designara un actuario el que será comúnmente un secretario del Tribunal o un notario, citará a las partes a un primer comparendo en el cual se fijarán las bases fundamentales de la partición, levantándose un acta de lo obrado.

En el transcurso de la partición se efectuarán comparendos ordinarios y otros extraordinarios;

a) Los ordinarios son aquellos que se celebran en forma periódica en fechas prefijadas, no siendo necesario notificar a las partes, en los cuales pueden efectuarse validamente acuerdos, aunque no estén presentes los interesados, con las siguientes excepciones:

1. Que se trate de acuerdos que pretendan revocar acuerdos ya celebrados.

1. Que se trate de acuerdos que requieran el consentimiento unánime de los interesados, en virtud de la ley o de acuerdos anteriores.

b) Los extraordinarios, se convocan a petición de parte, o bien por iniciativa del propio partidor para determinados asuntos, se requiere en este caso de notificación a las partes.

Diligencias que debe realizar el partidor

Lo esencial ahora, luego de establecer quienes son los indivisarios y cuáles son sus derechos -circunstancias que quedan resueltas por la justicia ordinaria luego de la posesión efectiva de la herencia-, será el determinar cuáles son los bienes comunes a partirse, tarea que le corresponde al partidor.

El partidor deberá entonces efectuar algunas operaciones para concluir finalmente con la determinación de cuál será el acervo que se repartirá entre los coasignatarios, para lograr esto es necesario realizar las siguientes operaciones:

1°. Debe separar del patrimonio del causante aquellos bienes que son de propiedad de terceros, formándose el acervo ilíquido.

2°. Posteriormente se deducen las bajas generales de la herencia, dándose lugar al acervo líquido o partible.

3°. En caso de que proceda su formación, se calculan los acervos imaginarios.

Dentro de estas etapas se configuran dos procesos; el primero, la separación de patrimonios; y el segundo (2ª y 3ª etapas), la correspondiente liquidación de los bienes.

Separación de patrimonios:

Lo que primeramente se encuentra en una sucesión es el llamado acervo común o bruto, el cual esta formado por los bienes del causante confundidos con los de otras personas, artículo 1341.

Esta confusión puede tener lugar en caso de existir contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, etc., en cuyo caso procederá la separación de los patrimonios confundidos con el objeto de establecer cuáles son los bienes dejados por el causante.

Esta situación se dará comúnmente cuando el causante haya estado casado bajo el régimen de sociedad conyugal, incluso el régimen de participación en los gananciales da lugar a esta situación.

Hay que tener presente que el partidor no será competente para proceder a la liquidación de la sociedad conyugal o de otras comunidades, sin el expreso consentimiento del cónyuge, o de los demás partícipes de la comunidad.

Liquidación y distribución de los bienes comunes.

A respecto el artículo 1337 señala que: “el partidor *liquidará* lo que ha cada uno de los coasignatarios se deba y procederá a la *distribución* de los efectos hereditarios, teniendo presente las reglas que siguen”.

La liquidación corresponde al proceso a través del cual se establece el valor en dinero de los derechos de cada uno de los coasignatarios, o como dice el profesor SOMARRIVA: “*consiste en determinar a cuánto ascienden los bienes comunes, y la cuota o parte que en esta suma corresponde a cada indivisario*”.

La distribución es la repartición a los coasignatarios de los bienes que satisfagan sus derechos, el profesor SOMARRIVA dice que: “*el objeto de la distribución es repartir los bienes indivisos entre los comuneros hasta enterar la cuota de cada cual*”.

Liquidación de los bienes comunes:

Para realizar la liquidación de los bienes es necesario que previamente se haya determinado por la justicia ordinaria, en caso de que no haya acuerdo, lo siguiente:

1. Los derechos de los comuneros;
2. Cuales son los bienes comunes.

Es necesario además que se haya efectuado la separación de patrimonios.

Una vez que ya se cumplió con lo anterior el partidor procederá a calcular el acervo líquido o partible a través de la deducción al acervo ilíquido de las bajas generales de la herencia, luego se procede, en caso que corresponda, a calcular los acervos imaginarios.

Posteriormente a esto, el partidor determinará lo que corresponde a cada indivisario según sea la voluntad del causante manifestada a través del testamento, o en caso contrario, según lo disponga la ley.

Distribución de los bienes comunes:

El partidor para realizar la distribución deberá seguir las siguientes reglas, en el orden expresado a continuación:

- a) Acuerdo unánime de las partes.
- b) Reglas que establece la ley, que son las siguientes:

1. *A falta de acuerdo entre las partes se deben seguir las reglas señaladas en el artículo 1337.*

Se formarán lotes o hijuelas, las cuales estarán conformados por los bienes del patrimonio del causante, dichos lotes o hijuelas no se formaran en caso que los bienes no sean susceptibles de división.

Hay que ver entonces, si los bienes que forman la masa común, son susceptibles de división o no.

a.) En caso de *admitir división*, a cada uno de los coasignatarios se les adjudicará una parte proporcional a sus derechos. Una vez formados los lotes o hijuelas, estos se distribuirán en la forma que acuerden las partes, y a falta de acuerdo, se procederá a realizar un sorteo. En este caso se aplican las reglas 7.^a, 8.^a y 9.^a del artículo 1337.

b.) En caso de *no admitir cómoda división*; se adjudicarán totalmente a un comunero, o se procederá a su venta entre los coasignatarios con la admisión de terceros, será entonces el precio de venta o adjudicación, el que se distribuirá entre los indivisarios a prorrata de sus respectivos derechos en la sucesión.

2. **Reglas sobre la división de los predios:** Estas son las reglas 3.^a, 4.^a y 5.^a del artículo 1337, las cuales señalan que:

a.) Regla 3.^a; “las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a un solo individuo serán, si fuere posible continuas, a menos que el adjudicatario consienta en recibir porciones separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio que de la separación al adjudicatario”.

b.) Regla 4.^a; “ se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario y otro fundo de que el mismo asignatario fuere dueño”.

c.) Regla 5.^a; “en la división de los fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce”.

3. *Adjudicación con desmembración de dominio*; esto se produce cuando en la partición se

constituyen usufructos, usos o habitaciones para darlos en cuenta de la asignación, se requiere el consentimiento de los interesados.

Así lo señala la regla 4.^a del artículo 1337: “ si dos o más personas fueren coasignatarios de un predio, podrá el partidor con el legítimo consentimiento de los interesados separar de la propiedad el usufructo, uso o habitación para darlos por cuenta de la asignación”.

4. *Las adjudicaciones parciales no requieren aprobación judicial aún cuando existan incapaces;* en virtud de la regla 10.^a del artículo 1337, cuando la partición es provocada por representantes legales con autorización judicial, o cuando el nombramiento del partidor haya sido aprobado judicialmente, no será necesario someter a la aprobación judicial ninguno de los actos señalados en el artículo 1337, sino que será la partición misma la que será sometida a aprobación.

Distribución de deudas

Las deudas se dividirán de pleno derecho entre los herederos por el solo fallecimiento del causante, a prorrata de sus cuotas, pero si el causante o los herederos las distribuyen de manera distinta se estará a esta, sin embargo estos acuerdos no empecen a los acreedores hereditarios o testamentarios. (Artículo 1354)

Distribución de los frutos

Sí durante el tiempo en que la masa hereditaria permaneció en estado de indivisión se produjeron frutos, será entonces, igualmente necesario en la partición de los bienes comunes, proceder a liquidar y dividir dichos frutos.

El artículo 1338 establece ciertas reglas para dividir los frutos percibidos después de la muerte del testador, durante la indivisión:

1. Cuando existen legados de especie o cuerpo cierto, artículo 1338 N°1, los legatarios de especie tendrán derecho a los frutos y acciones desde el momento de abrirse la sucesión, es decir, adquieren el dominio de los frutos que haya producido la cosa legada a partir del fallecimiento del causante, esta es una consecuencia lógica del principio de que las cosas perecen y producen para su dueño, ya que el legatario de cuerpo cierto se hace dueño a partir de la apertura de la sucesión.

Esta regla es inaplicable en caso de que el legado de especie lo sea desde un día cierto, o bajo condición suspensiva, en cuyo caso no se deberán los frutos sino desde ese día o desde el cumplimiento de la condición.

2. En el caso de los legatarios de cantidades o géneros se aplica la regla del artículo 1337 N° 2, según la cual estos legatarios no tendrán derecho a ninguno de los frutos, sino desde el momento en que la persona obligada a prestar dichas cantidades o géneros se hubiere constituido en mora, y este abono de los frutos se hará a costa del heredero o legatario moroso, esta regla es entendible si recordamos que el legatario de genero al momento de la apertura de la sucesión lo que adquiere es solo un crédito para exigir a los herederos el pago del legado, por lo que solo tendrá derechos sobre los frutos desde el momento en que el heredero cae en mora de entregar dichas cantidades o géneros al legatario.

3. El número 3 del artículo 1338 establece la regla general en materia de partición de los frutos, y es que: *“los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesiones de la masa hereditaria indivisa a prorrata de sus cuotas; deducidos, empero, los frutos y accesiones pertenecientes a asignatarios de especies”*. Esta disposición nos señala que los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesiones a prorrata de sus cuotas, y que se forma una indivisión respecto de los frutos generados por la masa hereditaria deducidos aquellos frutos que pertenecen a los legatarios de especie, estos se deducen debido a que el legatario de especie adquiere el dominio de su legado al momento de la apertura de la sucesión, por lo que los frutos que produzca el bien legado serán de su propiedad.

El hecho de que con los frutos de la masa hereditaria, luego de hacer la exclusión señalada, se forme una indivisión, trae como consecuencia que será necesario dentro de la partición proceder a liquidar y dividir dichos frutos.

2. El número 4 del artículo 1338 dispone que el pago de los frutos o accesiones pertenecientes a los legatarios de especies recae sobre toda la masa hereditaria, salvo que el testador haya gravado expresamente a alguna persona con el pago del legado, en este caso correrán de cuenta de ésta las deducciones.

Desarrollo del Juicio

1. El juicio particional se desarrolla en audiencias verbales o comparendos: lo que tiene por objeto otorgar a los interesados la posibilidad de que vayan, por sí mismos, fijando las reglas de la división de modo que, en lo posible, la partición resulte de la voluntad común y compartida. –art. 649 CPC-.
2. En este juicio especial no hay demandados ni demandantes: los asignatarios no tienen derechos que hacer valer en contra de los demás coasignatarios, Todos ellos instan a en un solo sentido, pues lo que procuran es dividir la cosa común asignando a cada uno de ellos lo que les corresponde, sin perjuicio que durante el juicio divisorio pueden ir planteándose controversias entre los interesados pero ello no es de la esencia ni la finalidad última de este procedimiento. Más bien se trata de controversias circunstanciales que tienen un origen común: la forma en que debe partirse el haber común.
3. La partición es un juicio completo, ya que comprende todos los problemas y conflictos que surgen con ocasión de la división de la cosa común.
4. El juicio arbitral tiene por objeto la liquidación y distribución de los bienes comunes. Esta es la función fundamental del partidor y la finalidad del procedimiento
5. El juicio particional termina como todo juicio, mediante la dictación de una sentencia definitiva, que en este juicio especial se denomina laudo.
6. Como toda sentencia, el laudo y la ordenata admiten la interposición de recursos procesales: contra el fallo del partidor proceden los recursos de rectificación, aclaración y enmienda, apelación. El laudo puede ser objeto además del recurso de casación en la forma.
7. Se ha aceptado unánimemente que la cuantía de este juicio para todos los efectos legales, es indeterminada. Lo que es consecuencia de que no se trata de un juicio sobre un bien o grupo de bienes determinado.

8. Este juicio como se indicó se sigue ante un juez árbitro que debe ser abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, y tener la libre disposición de sus bienes.
9. El juicio particional, incluidos los honorarios del partidor, es de cargo de los interesados, quienes deberán pagar las costas a prorrata de su participación en los bienes comunes.

Hipoteca legal.

El artículo 660 de Código de Procedimiento Civil dispone que: *“salvo acuerdo unánime de las partes, los comuneros que durante el juicio divisorio reciban bienes en adjudicación, por un valor que exceda el ochenta por ciento de lo que les corresponda recibir, pagarán de contado dicho exceso. La fijación provisional de este se hará prudencialmente por el partidor.”*, y el artículo 662 del mismo código señala que: *“en las adjudicaciones de propiedades raíces que se hagan a los comuneros, durante el juicio divisorio o en la sentencia final, se entenderá constituida hipoteca sobre las propiedades adjudicadas, para asegurar el pago de los alcances que resulten en contra de los asignatarios, siempre que no se pague de contado el exceso a que se refiere el artículo 660. Al inscribir el conservador el título de adjudicación, inscribirá a la vez, la hipoteca por el valor de los alcances”*.

Se establece entonces que los comuneros deberán pagar de contado el valor en que los bienes adjudicados excedan el 80% de su haber probable. Si así no lo hicieren, se entenderá, por el solo ministerio de la ley constituida la hipoteca sobre el bien adjudicado para garantizar el pago del exceso.

Representación legal del partidor

En las enajenaciones que se verifiquen a través del partidor, se considera a este como representante legal de los vendedores, en su condición de tal, le corresponderá suscribir las escrituras que sean necesarias.

Termino del Juicio de Partición, Laudo y Ordenata

La sentencia final del partidor en el juicio de partición se denomina laudo y ordenata de partición.

Dicha sentencia final contiene dos partes:

1. **El Laudo**, en el que se establecen los resultados de la partición y se resuelven además todos los puntos de hecho y de derecho que deben servir de base a la distribución de los bienes comunes.
2. **La ordenata, o liquidación** en la cual se hacen los cálculos numéricos para la distribución. (Artículo 663 del Código de Procedimiento Civil)

Aprobación judicial de la Sentencia de partición

Una vez concluido el juicio de partición a través de la sentencia final que contiene el Laudo y la Ordenata, se procederá a someter dicha sentencia a aprobación judicial en dos casos:

1. Cuando en la partición tenga interés un ausente que no haya nombrado mandatario o procurador; es decir, que haya actuado representado por un curador de bienes.
2. Cuando tengan interés en ella personas sujetas a tutela o curaduría.

Entrega de los títulos

El artículo 1343 dispone que una vez que ha concluido la partición; corresponderá la entrega a los interesados de los títulos particulares de los objetos que le hubieren cabido.

IV. EFECTOS DE LA PARTICIÓN.

El estudio de los efectos de la partición está centrado en dos temas: El primero se refiere al efecto declarativo y retroactivo de ella establecido en el artículo 1344 y el segundo esta dado por la obligación de garantía que pesa sobre los indivisarios tratado en el artículo 1345 al 1347.

1. Efecto declarativo de la Partición

Para entender tal efecto es necesario clarificar lo que se entiende por adjudicación, en este sentido podemos definirla como *la atribución del dominio exclusivo a una persona que era codueño proindiviso*, siendo requisito esencial el que el adjudicatario tenga la calidad de comunero del bien que se adjudica, el profesor SOMARRIVA la define como: *“el acto por el cual se entrega a uno de los indivisarios un bien determinado que equivale a los derechos que le correspondían en su cuota ideal o abstracta en la comunidad”*.

En síntesis, lo que se produce con la adjudicación es la transformación de una situación jurídica, ya que el derecho ideal y abstracto del comunero se concreta o bien se materializa en bienes específicos; pasa entonces de codueño de un bien a ser propietario exclusivo del mismo; hay que tener presente que no estamos en presencia de enajenación.

Para la existencia de una adjudicación se requiere que el adjudicatario tenga previamente la calidad de comunero del bien que se adjudica, en la exigencia de este requisito radica una de las diferencias más importantes entre la adjudicación y la compraventa, ya que en esta última el comprador no tiene con anterioridad derecho alguno sobre la cosa.

Entonces si se saca a remate una propiedad, como es el caso del artículo 1337, y de solicitarse por los interesados la admisión de terceros postores, puede darse dos situaciones:

1. Que la propiedad se adjudique a uno de los indivisarios, en este caso existe adjudicación propiamente tal.
2. Que la propiedad haya sido adquirida por un tercero extraño, en este caso no hay adjudicación ya que el comprador no tenía con anterioridad al remate derecho alguno sobre la cosa, aquí existe una compraventa.

Cuando estamos en presencia de una adjudicación la ley retrotrae los efectos de esta al momento de la apertura de la sucesión, suponiéndose que cada comunero es dueño sucedió directa y exclusivamente al causante en los bienes que se le adjudicaron, es decir, se entiende que el comunero es dueño del bien adjudicado desde el momento de producirse la apertura de la sucesión, esto trae como consecuencia que los demás comuneros no han tenido jamás derechos alguno sobre los bienes adjudicados a otros.

Consecuencias del efecto declarativo:

1. Si uno de los coasignatarios enajenó una cosa que en la partición se adjudica a otro, estamos en presencia de una venta de cosa ajena, y por tal le es inoponible al adjudicatario del bien objeto de compraventa.

2. La hipoteca de cuota de un comunero subsiste a condición de que se le adjudiquen bienes hipotecables, en caso contrario caducará la hipoteca.
3. Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se supone haber poseído exclusivamente los bienes adjudicados, durante todo el tiempo que duró la indivisión.
4. Los embargos y medidas precautorias decretadas sobre bienes comunes no obstan a la adjudicación, si el bien embargado se le adjudica al deudor subsiste el embargo, en caso contrario este caduca.
5. La inscripción de las adjudicaciones no importa tradición, sino que tiene por objeto conservar la historia de la propiedad raíz y evitar soluciones de continuidad.

2. La obligación de garantía en la partición

La existencia de la acción de garantía es una consecuencia del efecto declarativo de la partición, a través del cual, cada uno de los herederos sucede directa y exclusivamente del causante, esto genera como consecuencia que las garantías recíprocas entre los copartícipes en cuanto a los bienes adjudicados se funden en la igualdad que debe reinar en las particiones, evitándose de esta manera que un adjudicatario sufra evicción de las cosas adjudicadas.

Esta obligación que es propia de los contratos conmutativos y onerosos comprende el saneamiento de los vicios redhibitorios de la cosa entregada y el saneamiento de la evicción, en la partición solo tendrá lugar el saneamiento de la evicción que esta regulado en los artículos 1345 a 1347.

El artículo 1345 dispone que: “el partícipe que sea molestado en la posesión del objeto que le cupo en la partición, o que haya sufrido evicción de él, lo denunciará a los otros partícipes para que concurran a hacer cesar la molestia, y tendrá derecho para que le saneen la evicción. Esta acción prescribirá en cuatro años contados desde el día de la evicción”.

El saneamiento de la evicción trae consigo dos etapas que se traducen en dos obligaciones, la primero, hacer cesar las molestias, y una vez consumadas procederá indemnizar la evicción.

a) El partícipe que es turbado en la posesión de los bienes adjudicados tiene derecho a exigir de sus antiguos copartícipes que contribuyan a cesar esta turbación o molestia. Esta turbación debe ser de derecho, es decir que otras personas pretendan o hagan valer derechos sobre el bien adjudicado y no procede respecto de simples vías de hecho.

b) Si las pretensiones de los terceros resultan fundadas, se habrá producido la evicción y los antiguos coasignatarios deberán indemnizarlo. La obligación de indemnización recae sobre todos los comuneros, no obstante la cuota que corresponda al comunero insolvente, se distribuye entre todos los demás, inclusive la víctima de la evicción, a prorrata de sus cuotas, artículo 1347

Hay ciertos casos respecto de los cuales no procede el saneamiento de la evicción, por lo cual no se da lugar a las obligaciones mencionadas, artículo 1346

1. Cuando la evicción o molestia se produce por una causa posterior a la partición.
2. Cuando se a renunciado expresamente a la acción de saneamiento.
3. Cuando la molestia o evicción se produce por culpa del adjudicatario.

V. Nulidad y Rescisión de la Partición.

Respecto de la nulidad de la partición son aplicables las mismas reglas de los contratos, y esta puede ser absoluta o relativa, así lo confirma el artículo 1348 al señalar que “se anula o se rescinde”.

1. Causales de nulidad absoluta:

- a. Cuando haya intervenido una persona absolutamente incapaz.
- b. Cuando se haya omitido un requisito de forma en atención a la naturaleza del acto.

2. Causales de nulidad relativa;

- a. Incapacidad relativa de las partes.
- b. Omisión de requisitos exigidos en consideración a ella o a consecuencia de un vicio del consentimiento.

La nulidad puede ser total o parcial

Los vicios que producen la nulidad de la partición la pueden afectar en su totalidad o bien solo en parte. Es decir, la partición puede quedar sin efecto totalmente; por ejemplo, si un incapaz concurre por sí y no representado por el representante legal, o puede ocurrir que el vicio la afecte solo parcialmente, en este caso solo el acto viciado quedará sin efecto, pero el resto de la partición será válida.

Nulidad por causa de lesión

El artículo 1348 inc. 2º establece que: “la rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota”.

Forma de enervar la acción rescisoria por lesión

El artículo 1350 dispone que “podrán los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario”.

Requisitos:

1. El suplemento debe pagarse íntegramente, no bastaría pagar una suma que hiciera desaparecer la lesión.
2. El pago de este suplemento debe hacerse en dinero.

El artículo 1351 señala que no podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o en parte, pero sí podrá pedir la rescisión o nulidad cuando la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio.

Hay que tener presente que el término porción hace referencia a los bienes adjudicados al comunero por su cuota, y que este artículo plantea aún el saneamiento de la nulidad absoluta, ya que si el comunero enajenó los bienes adjudicados no podrá solicitar ni la nulidad absoluta, menos aún la relativa, salvo en el caso de que se funde la nulidad en el error, fuerza o dolo.

Prescripción de la Acción de nulidad.

El artículo 1352 establece que: “la acción de nulidad o rescisión prescribe respecto de las particiones según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acciones”.

Se aplica entonces lo siguiente:

a) La Nulidad absoluta se sana por el transcurso de 10 años, contados desde que se ha efectuado la

partición, artículo 1683.

b) La Nulidad relativa se sanea por el transcurso de 4 años, contados desde que se efectuó la partición, salvo que se invoque la incapacidad o la violencia, en este caso los 4 años se cuentan desde que haya cesado la incapacidad o la violencia, artículo 1691.

El artículo 1353 deja a salvo la acción para pedir la indemnización de perjuicios, para el caso de que el partícipe no quiera o no pueda intentar la acción de nulidad o rescisión, es así como conservará los otros recursos legales que para ser indemnizado le correspondan.

Procedencia de la condición resolutoria tácita en la partición.

Frente al artículo 1348 que señala que las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos, se plantea la duda de si la acción resolutoria tiene lugar en la partición.

Si en la partición se adjudica a un comunero un bien que excede el valor de su cuota, queda debiendo el exceso a los demás comuneros; y si el adjudicatario deudor no paga, ¿pueden los demás comuneros ejercer la acción resolutoria?, el profesor Somarriva se ha manifestado en sentido negativo aludiendo las siguientes razones:

1. Se opondría al efecto declarativo de la partición, respecto del cual se entiende que los adjudicatarios adquieren directamente del difunto y no de los demás comuneros.
2. El artículo 1348 solo dice que se aplican a la partición las reglas de los contratos en materia de nulidad y rescisión, pero nada dice de la resolución.
3. El artículo 1489 limita la condición resolutoria tácita a los contratos y la partición no es un contrato.
4. No cabe aplicar por analogía el artículo 1489 ya que este artículo es excepcional tanto por que establece una condición, como por tratarse de una condición tácita, siendo la regla general que los contratos sean puros y simples y que las modalidades sean señaladas en forma expresa.
5. Se ha tratado de incluir la acción resolutoria dentro de los “otros recursos legales” del artículo 1353, pero esto no procedería ya que lo que pretende con esta disposición es impedir que se deje sin efecto la partición y si se incluye la acción resolutoria se produciría justamente lo contrario

La jurisprudencia también sostiene la posición negativa y dentro de las razones que se invocan están las siguientes:

1. El artículo 1348 sugiere que las particiones no son contratos, porque de lo contrario se hubiese señalado que se aplican las mismas reglas *como en los demás contratos* y señala, que se aplican “*las mismas reglas que en los contratos*”, lo que no implica que la partición sea un contrato.
2. El artículo 1348 no señala, ni expresa ni tácitamente, la posibilidad que se resuelva la partición.
3. La resolución de los contratos se funda en evidentes razones de equidad, sin embargo estas consideraciones no juegan en la partición y no se concilian con el efecto declarativo que la ley le atribuye.
4. La hipoteca legal se ha creado expresamente para garantizar el pago de los alcances que resultan en contra de los adjudicatarios.