

# El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal



Casación en el fondo, 21 de julio de 2005

*Revista de Derecho y Jurisprudencia*

Tomo 102, 2ª parte, sección 1ª, pág. 639.

COMENTARIO:

**EMILIO RIOSECO ENRÍQUEZ**

Ex Profesor de Derecho Civil

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**

**DOCTRINA:** La sentencia que califica como bienes sociales aquellos inmuebles adquiridos en la partición por el cónyuge casado en sociedad conyugal, por la sola circunstancia de que en parte provienen de una compra de derechos de otros comuneros, vulnera el efecto declarativo y originario que tiene la adjudicación y con ello infringe los artículos 718, 1726 y 1745, como también el artículo 1344.

**VOTOS DISIDENTES:** Si la causa o título de la adjudicación de los inmuebles a favor del marido se origina en una parte por su cuota hereditaria y en otra por compra (título oneroso) de las cuotas de otros comuneros, tales inmuebles han sido en parte bienes propios del marido y en parte bienes sociales, sin que en la especie pueda tener acogida, de modo absoluto, la ficción de los artículos 718 y 1344, normas genéricas que no pueden preferir frente a la especialidad de la normativa propia de la sociedad conyugal.

## Sentencia

*Santiago, veintiuno de julio de dos mil cinco. Vistos: En estos autos rol N° 46.938, del Segundo Juzgado de Letras de Temuco, sobre juicio ordinario de nulidad, caratulados Osses Pincheira, María, con Sociedad Agronar Ltda. y otro, el juez titular de dicho tribunal, por sentencia de veintinueve de septiembre de dos mil, escrita a fojas 100, dio lugar, con costas a la demanda declarando la nulidad relativa del contrato de compraventa de inmuebles celebrado entre don José Antonio Vargas Vásquez y la Sociedad Agronar Ltda. por escritura pública de 8 de abril de 1999 ante el notario de Temuco don Juan*

*Antonio Loyola Opazo por la cual el primero vendió al segundo dos inmuebles que se individualizan, ordenando cancelar las inscripciones respectivas. La demandada recurrió de casación en la forma y apelación en contra de la sentencia de primer grado y una Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de diez de julio de dos mil tres, rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó con costas el fallo apelado. En contra de esta última sentencia, la parte demandada deduce recursos de casación en la forma y en el fondo. Se trajeron los autos en relación.*

CONSIDERANDO:

**(NO se reproducen los considerandos primero al octavo, pues no dicen relación con el tema del comentario).**

*NOVENO: Que, procede analizar el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada, en cuanto a la segunda causal de casación que invoca, esto es, por haberse vulnerado las normas que rigen al régimen de sociedad conyugal en relación con los bienes adquiridos por herencia.*

*DECIMO: Que, la regla general en materia de sociedad conyugal es que los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan al llamado haber absoluto de ésta. Pero el artículo 1726 del Código Civil precisa que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado pertenecen al respectivo cónyuge si es bien raíz, pero si es mueble, aumentarán el haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge o cónyuges adquirentes la correspondiente recompensa. En consecuencia, es claro al tenor de esta disposición que, en definitiva, para determinar el haber al que ingresan los bienes adquiridos a título de herencia es indispensable conectar estas normas con las del Libro III que reglamentan la llamada indivisión hereditaria y la forma en que se le pone término. De acuerdo a esto, para determinar, en definitiva, la suerte que siguen los bienes adquiridos a título de donación, herencia o legado, es necesario precisar qué ocurre con ellos si existen varias personas que concurren a la herencia. De esta manera, si es uno solo el heredero, la determinación queda hecha ipso facto, y los bienes raíces pertenecerán al haber propio del cónyuge heredero o legatario. Pero si, como ocurre normalmente, se produce una indivisión hereditaria, el destino final de los bienes, esto es, si entran al haber relativo o al haber propio de cada cónyuge, sólo se decidirá cuando este derecho se radique en un bien determinado, por cualquiera de las formas en que se ponga término a la comunidad, por ende, si el bien que, en definitiva, recibe el heredero, donatario o legatario es un bien raíz, el mismo permanecerá en el patrimonio propio del respectivo cónyuge, y en caso contrario queda en el haber relativo de la sociedad conyugal, pero ésta le deberá una recompensa al respectivo cónyuge. Normalmente, en el concepto del legislador esto se determina en la partición, y esta es otra razón por la cual el legislador está sumamente interesado en que se ponga término a la comunidad hereditaria lo más pronto posible, y por ello el artículo 1317 del Código Civil dispone que, salvo el pacto de indivisión y otras situaciones de excepción, la partición puede siempre pedirse y, hecha ésta, opera*

*el efecto declarativo de la partición previsto en el artículo 1344 del Código Civil, que establece: Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. En virtud de este efecto, se precisa también la suerte de cualquier enajenación, gravamen o acto de disposición efectuado por algún heredero respecto de los bienes sucesorios, e igualmente la posibilidad de los acreedores personales del heredero para actuar sobre ellos. El sistema corresponde a la realidad socio-económica de Chile al dictarse el Código Civil, y no ha sufrido modificaciones en este aspecto, y por muchas críticas que puedan hacerse por su rezago frente a la realidad actual del país, sólo corresponde al sentenciador aplicarlo, mientras no sea reemplazado por otro.*

*UNDECIMO: Que, por otra parte, el legislador se preocupa de la situación que puede producirse cuando el bien se adquiere en parte a título gratuito y en parte a título oneroso y de otras situaciones, por ejemplo, el artículo 1729 del Código Civil se pone en el caso de que algunas de las cosas esté poseída por uno de los cónyuges con otras personas proindiviso, y que se hiciera dueña de ella por algún título oneroso, determinando que en tal caso pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad conyugal. Pero es fundamentalmente el artículo 1736 del Código Civil el que efectúa una serie de precisiones sobre los bienes adquiridos por los cónyuges, y establece el mecanismo de las compensaciones o recompensas que se liquiden al término de la sociedad conyugal y que restablecen, en todo caso, el justo reparto de las cargas sociales y de los cónyuges en relación con el dominio de los bienes. Mediante el sistema de recompensas ni la sociedad conyugal ni cada uno de los cónyuges puede enriquecerse injustamente a costa de los otros patrimonios que juegan en este régimen matrimonial.*

*DUODECIMO: Que, en el caso de autos la situación especial que se produce, es que el marido, al mismo tiempo que adquirió por sucesión por causa de muerte del causante bienes en comunidad con otros herederos, al comprarles y adquirir por cesión de derechos hereditarios otros porcentajes en los bienes indivisos, realizó un acto a título oneroso, como es una compraventa de derechos hereditarios, pero posteriormente se adjudicó bienes raíces que, por el efecto declarativo y retroactivo de la partición, de acuerdo a los artículos 718, 1726 y 1744 del Código Civil, adquirió directamente del causante, y como se trata de bienes raíces de acuerdo a los preceptos ya citados, quedan en su haber propio. En consecuencia, cuando los sentenciadores califican como bienes sociales aquellos inmuebles adquiridos en la partición por el cónyuge casado en sociedad conyugal, por la sola circunstancia de que en parte provienen de una compra de derechos de otros comuneros, se vulnera el efecto declarativo y originario que tiene la adjudicación y, con ello, se infringen las disposiciones legales señaladas precedentemente, como también el artículo 1344 del Código Civil por falta de aplicación al caso de autos.*

*DECIMOTERCERO: Que, se argumentó en contra de esta conclusión afirmándose que la cesión de derechos hereditario es otro título distinto al de la herencia, que es el presupuesto para que opere el artículo 1726 del Código Civil. Sobre el particular, es menester reiterar que el título del marido adjudicatario es la herencia del causante, y en virtud*

del citado efecto declarativo, el bien raíz le ha pertenecido siempre, y siendo adquirido por herencia, queda en su haber propio, y la injusticia aparente que subyace al hecho de que con dineros de la sociedad conyugal se hayan adquirido por cesión parte de los derechos hereditarios, lo que significaría una pérdida para la sociedad conyugal, se corrige con el sistema de las recompensas. No se trata, en consecuencia, de que la sociedad conyugal entre a un negocio y posteriormente participe de la utilidad de éste, sino que le sea compensado aquello que desembolsó en beneficio de uno de los cónyuges. Este es el sistema que establece el legislador cada vez que la sociedad conyugal hace un desembolso a favor de uno de los cónyuges, cualquiera que éste sea, y también cuando ocurre a la inversa, esto es, que la pérdida de un bien la sufre alguno de los cónyuges en beneficio de la sociedad conyugal. Dicha materia está determinada en el artículo 1745 del Código Civil, que la sentencia no aplica al caso de autos, vulnerando la disposición legal y, con ello, todo el sistema de la sociedad conyugal.

*DECIMOCUARTO: Que, sobre el particular, resulta pertinente considerar el texto íntegro del artículo 1745 del Código Civil, por cuanto para eludirlo los jueces de segundo grado han hecho una errónea interpretación del mismo: En general, los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieron en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogados por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar. Por consiguiente: El cónyuge que adquiere bienes a título de herencia debe recompensa a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que él cubra, y por todos los costos de la adquisición; salvo en cuanto pruebe haberlos cubierto con los mismos bienes hereditarios o con lo suyo. La disposición no requiere interpretación, es de claridad meridiana y es justamente el caso en que se adquirieron bienes (se compraron y se adquirieron por cesión de derechos hereditarios en una sucesión, por los cuales se pagó un precio) con dineros de la sociedad conyugal, pero que en virtud de la partición y posterior adjudicación y con efecto retroactivo, pasaron a pertenecer al cónyuge heredero a la fecha de la apertura de la sucesión. En consecuencia, el bien mismo, de acuerdo a los citados artículos 718, 1726 y 1744 del Código Civil, pertenece exclusivamente al cónyuge adjudicatario, pero éste le queda adeudando una recompensa a la sociedad conyugal por lo que ésta desembolsó.*

*DECIMOQUINTO: Que frente al texto tan claro de la ley, se ha pretendido su no aplicación en este caso, argumentándose que el artículo 1745 se refiere sólo al título de herencia, y una compraventa, que es el título de la cesión de derechos hereditarios de autos, no se encuentra incorporada en la norma. Con ello, se olvida que el inciso segundo del precepto determina el sentido del inciso final. Dicho de otra manera, la expresión por consiguiente, que antecede el inciso final, revela y confirma que éste no es más que una aplicación de la regla general del inciso primero, y en ninguna parte contradice lo señalado. Dicho inciso primero incluye obviamente a la compraventa, pues habla de precio.*

*DECIMOSEXTO: Que, además de todas las razones de texto legal señaladas, existe un argumento incontrarrestable para así confirmarlo, porque nunca se ha discutido que la*

*adjudicación con alcances no impide que opere el efecto declarativo de la partición, y cualquiera que sea el monto del alcance. Para pagar dicho alcance el heredero puede utilizar dineros que, aunque provengan de la propia herencia, como tales pertenecen al haber relativo de la sociedad conyugal, y si emplea dineros ajenos a los sucesorios, ellos son de la sociedad conyugal, y por eso en ambos casos todo esto se liquida por el sistema de recompensas o compensaciones. La situación de los derechos hereditarios a título oneroso no tiene mayor diferencia jurídica que la adjudicación con alcance, y por ende, resulta absolutamente absurdo aplicarle otro criterio jurídico, y así lo han hecho siempre las distintas liquidaciones de sociedad conyugal que se han hecho desde la dictación del Código Civil, y sin que se haya objetado esta conclusión, que resulta tan evidente al tenor de las disposiciones citadas. El caso mismo de la cesión de derechos hereditarios no ha dado lugar nunca a controversia ante los tribunales por la razón que de acuerdo a los artículos 1909 y 1910 del Código Civil, el cesionario pasa a ocupar la situación jurídica del cedente, adquiere su derecho en la herencia, y como lo señalan los tratadistas y se ha aplicado así en la práctica, sin excepciones, tiene todos los derechos y cargas del heredero, y por ende puede adquirir bienes en la partición y su título es de adjudicación, es declarativo, y los bienes los adquiere por herencia del causante. Respecto al artículo 1729 del Código Civil, que establece la comunidad entre el cónyuge y la sociedad conyugal, ello ha sido debatido en un importante fallo de esta misma Corte de 28 de septiembre de 1955, pero no en relación a la cesión de derecho, sino a la transacción y el efecto declarativo que ella puede tener.*

*DECIMOSEPTIMO: Que, como consecuencia de lo anterior, en virtud del efecto declarativo de la partición, el marido adquirió directamente del causante el bien que le fue adjudicado, y adeuda una recompensa a la sociedad conyugal por la parte en que adquirió sus derechos hereditarios, y tratándose de un bien raíz, éste pertenece íntegramente a su patrimonio propio, y no necesitaba el consentimiento de la cónyuge para enajenarlo, por lo cual no puede considerarse nula la enajenación que haya hecho por sí solo y sin tal consentimiento, que sólo hubiera sido posible requerirlo si se hubiera tratado de un bien social.*

*DECIMOCTAVO: Que todo lo razonado precedentemente permite concluir que la sentencia impugnada incurrió en infracción a los artículos 718, 1344 y 1745 del Código Civil con influencia substancial en su parte dispositiva; puesto que, de habérseles dado una correcta aplicación, debió haberse rechazado la demanda deducida en autos, en lugar de acogerla, como aconteció en la especie. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 767, 768, y 785 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en la forma deducido en lo principal del escrito de fojas 133 y se acoge el recurso de casación en el fondo en los términos señalados en este fallo, interpuesto por el abogado don Hugo Ormeño Melet, en representación de los demandados, en contra de la sentencia dictada por una de las salas de la Corte de Apelaciones de Temuco, de diez de julio de dos mil tres, escrita a fojas 128, la que se invalida en lo pertinente y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista pero separadamente.*

## VOTO DISIDENTE

*Acordada la sentencia que antecede, en cuanto acoge el recurso de casación en el fondo, con el voto en contra de los ministros señores Tapia y Rodríguez, quienes, en cambio, estuvieron por desechar dicho recurso en todas sus partes, con el mérito de lo expresado únicamente en los motivos 6º, 7º, 8º y 9º de dicha sentencia y de las siguientes consideraciones adicionales:*

1º.- *Que en lo tocante a la adquisición del dominio del derecho real de herencia, a que aluden los artículos 577 y 583 del Código Civil, es menester distinguir entre la causa remota o título de su adquisición, que puede ser el testamento, la ley o, por ejemplo, la compraventa de derechos hereditarios, con la causa próxima o modo de lograr tal adquisición, o sea, su modo de adquirirlo (artículo 588 del mismo Código), que puede ser la sucesión por causa de muerte o bien la tradición o cesión del derecho real de herencia (artículos 670, inciso 2º, 675 y 1909 del Código citado). Mientras el modo de adquirir sucesión por causa de muerte es siempre a título gratuito, la tradición puede ser a título gratuito u oneroso (por ejemplo, compraventa). Pero ambos modos de adquirir son derivativos, pues se fundan en un derecho precedente que tenía otra persona.*

2º.- *Que consta del proceso que la actora, doña María Lourdes Osses Pincheira, contrajo matrimonio, bajo el régimen de sociedad conyugal, con el demandado don José Antonio Vargas Vásquez el 20 de mayo de 1966. El 17 de diciembre de 1974 falleció don Armando Vargas Vásquez, padre del nombrado José Antonio Vargas Vásquez. La posesión efectiva de los bienes del causante se concedió por resolución judicial de 28 de enero de 1975, entre otras personas, a sus hijos José Antonio, Marta Eliana y Adela, todos Vargas Vásquez. Mediante escrituras públicas de 13 de junio de 1978 y de 31 de marzo de 1980, doña Marta Eliana y doña Adela, respectivamente, vendieron y cedieron a su hermano José Antonio todos sus derechos en la herencia quedada al fallecimiento de su padre. La partición de la herencia intestada de don Armando Vargas Vásquez fue efectuada mediante sentencia del árbitro partidador de 30 de junio de 1981, que consta de escritura pública de 21 de septiembre del mismo año, otorgada ante el notario público de Temuco don Venancio Lisboa. En dicho juicio particional don José Antonio Vargas Vásquez actuó tanto en calidad de hijo legítimo del causante como en calidad de cesionario de los derechos hereditarios de sus hermanas Marta Eliana y Adela, adjudicándose al primero varios bienes raíces a fin de enterarle su acervo representado por todos los derechos hereditarios que detentaba.*

3º.- *Que, en nuestro derecho, la generalidad de las normas legales que rigen el matrimonio y la sociedad conyugal son de orden público, sin que esté permitido a los particulares prescindir de ellas y establecer otras prescripciones diversas o conducir sus actos como si aquellas no existieren, pues hay un interés social de que la regulación de las materias que aquellas normas contemplan sea una sola regla para todos los individuos, de modo uniforme e imperativo. De allí, entonces, que la sociedad conyugal reviste un carácter universal, que alcanza a todas las actuaciones de los cónyuges y de cuyas normas lega-*

les no les es posible sustraerse, afectando a todos los actos patrimoniales que durante su vigencia se realicen. Tales reglas sobre la sociedad conyugal están contenidas en el Título XXII del Libro Cuarto de nuestro Código Civil. Para determinar qué bienes son de la sociedad conyugal y cuáles no lo son por pertenecer al haber propio de cada uno de los cónyuges, las normas referidas en sus artículos 1725 y siguientes distinguen si se trata de bienes raíces o bienes muebles y si han sido adquiridos a título gratuito u oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal.

4°.- Que según lo expuesto en el motivo 2°, respecto de los derechos hereditarios que adquirió don José Antonio Vargas Vásquez en calidad de heredero abintestato de su padre, la causa remota o título de su adquisición fue la ley y la causa próxima o modo de adquirir fue la sucesión por causa de muerte, modo que, como se ha dicho, es siempre a título gratuito. Los derechos hereditarios, como recaen sobre una universalidad, la doctrina y la jurisprudencia han afirmado que están sujetos al estatuto de los bienes muebles. En consecuencia, los derechos hereditarios adquiridos por don José Antonio Vargas Vásquez en la forma dicha ingresaron al haber de la sociedad conyugal existente con su cónyuge, con cargo de recompensa, en virtud de lo previsto en el artículo 1725 N° 4 del Código Civil. En cambio, respecto de los derechos hereditarios que adquirió el mismo don José Antonio Vargas Vásquez por cesión de sus hermanas, la causa remota o título de su adquisición fue la compraventa y la causa próxima o modo de adquirir fue la tradición o cesión, modo que en este caso fue a título oneroso, por lo que tales derechos hereditarios así adquiridos ingresaron al haber de la sociedad conyugal, sin cargo de recompensa, conforme a lo preceptuado por el artículo 1725 N° 5 del Código Civil.

5°.- Que, en el caso de autos, ocurrió que el marido, detentador de derechos hereditarios adquiridos a título oneroso y pertenecientes, por tanto, al haber de la sociedad conyugal, no pudo actuar en la partición hereditaria, respecto de tales bienes sociales, sino como administrador de la sociedad conyugal y con independencia de su cónyuge. Pero, al actuar así, obtuvo que se le adjudicaran varios bienes raíces en entero de su acervo representado, mayoritariamente, por los referidos bienes sociales, para luego sostener que tales bienes raíces eran bienes propios de él y no de la sociedad conyugal, por haberlos adquirido a título gratuito, como si se tratara de los casos previstos en los artículos 1726 y 1732 del Código Civil, procediendo a enajenar algunos de dichos bienes raíces sin la autorización de su mujer exigida para los bienes raíces sociales por el artículo 1749 del Código Civil, lo cual ha originado el presente litigio. O sea, el marido efectuó actos u operaciones, sin intervención alguna de su cónyuge, que significaron que bienes del haber social aparecieron de pronto transformados en bienes propios de él, resultando así preteridos los derechos que el legislador ha querido otorgar a la mujer para protegerla, situación que es contraria a la equidad y que no puede ser aceptada.

6°.- Que los artículos 1736 y 1737 del Código Civil, para determinar si un bien pertenece o no al haber de la sociedad conyugal, no atienden a la época en que se produce la adquisición efectiva del dominio, sino a aquella en que se genera la causa o título que la produce. De este modo, así como los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal,

*por una causa o título anterior a ella, pertenecen al cónyuge adquirente, los que se adquieren después de su disolución, por una causa o título oneroso generado durante su vigencia, pertenecen a la sociedad conyugal. Es el principio general que gobierna la materia. Pues bien, en el caso de autos la causa o título que dio origen a la adjudicación de bienes raíces efectuada al marido fue mayoritariamente la tradición a título oneroso de derechos hereditarios pertenecientes a la sociedad conyugal, de modo que la causa o título de tal adjudicación no fue íntegramente a título gratuito, por sucesión por causa de muerte, lo que ha debido traer como consecuencia que los referidos bienes raíces fueran considerados en parte bienes propios del marido y en parte bienes sociales, como lo ha determinado la sentencia recurrida, sin que en la especie pueda tener acogida, de modo absoluto, la ficción contenida en los artículos 718 y 1344 del Código Civil, normas genéricas que no pueden preferir frente a la especialidad de la normativa propia de la sociedad conyugal.*

*7°.- Que, ante la inequidad producida en el caso de autos, el recurrente ha creído encontrar una solución mediante una suerte de recompensa a la cónyuge perjudicada, amparada, a su parecer, en el artículo 1745 del Código Civil. Pero ocurre que esta norma legal no puede tener aplicación en la especie, pues se refiere al derecho del cónyuge comunero adquirido únicamente a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal.*

*8°.- Que, consecuentemente, la sentencia recurrida no ha infringido los artículos 718, 1344 y 1745 del Código Civil, como sostiene el recurrente, razón por la cual, en opinión de los disidentes, el recurso de casación en el fondo también ha debido ser desestimado en este capítulo. Redacción a cargo del Ministro Sr. Kokisch y del voto disidente, sus autores. Regístrese. N° 3541-03. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A., y Domingo Kokisch M. y Abogado Integrante Sr. René Abeliuk M. No firman los Ministros Sres. Ortiz y Tapia no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica el primero y con permiso el segundo. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.*

## **SENTENCIA DE REEMPLAZO**

*Santiago, veintiuno de julio de dos mil cinco. De acuerdo con lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo. Vistos: Se reproduce la sentencia de segunda instancia en su parte no afectada por el recurso de casación y los motivos primero a noveno, inclusive. Se reproduce, asimismo, la sentencia de primer grado en su parte expositiva y sus fundamentos primero a octavo. Y se tienen, además, en consideración los motivos sexto a décimo séptimo de la sentencia de casación que antecede. De acuerdo además con lo previsto en los artículos 144, 170, 186 y 187 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de veintinueve de septiembre de dos mil, escrita a fojas 100, y se decide, en cambio, que no se da lugar a la demanda interpuesta por doña María Lourdes Osses Pincheira,*

*en lo principal del escrito de fojas 55, en todas sus partes, sin costas por haber litigado la actora con fundamento plausible. Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Tapia y Rodríguez, quienes, en virtud de los argumentos contenidos en el voto disidente señalados en la sentencia de casación que antecede, estuvieron por confirmar el fallo de primer grado. Redacción a cargo del Ministro Sr. Kokisch y de la disidencia, sus autores. Regístrese y devuélvase. N° 3541-03. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A., y Domingo Kokisch M., y Abogado Integrante Sr. René Abeliuk M. No firman los Ministros Sres. Ortiz y Tapia no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica el primero y con permiso el segundo. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.*

## **Comentario**

1. El caso que motivó el litigio y el fallo de casación antedicho fue el siguiente : En una sucesión hereditaria en que hay varios inmuebles uno de los comuneros, casado en régimen de sociedad conyugal y titular de su cuota, adquirió por compra los derechos hereditarios de los restantes comuneros y años después, por sentencia dictada en un juicio particional, se le adjudicaron los inmuebles como cuerpos ciertos. Más adelante, el mismo comunero, sin autorización de su mujer, vendió y transfirió a un tercero las propiedades en referencia.

2. Posteriormente, la cónyuge demandó solicitando se declarara la nulidad relativa de la venta al tercero, por infracción del art. 1749 al omitirse la autorización de la mujer casada en sociedad conyugal, ya que se ha tratado de inmuebles cuyo título adquisitivo, en parte, es oneroso y por lo tanto bienes sociales (art. 1725, N° 5).

3. La sentencia de primer grado, confirmada por la de alzada, acogieron la demanda declarando la nulidad relativa de la venta.

Interpuesto recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema acogió el recurso y en sentencia de reemplazo revocó el fallo de primer grado resolviendo que no procede declarar la nulidad relativa de la venta.

4. El fundamento del fallo de casación consiste en reconocer el efecto declarativo del acto de partición en favor del comunero adjudicatario, ya que con arreglo a los artículos 718, 1726, 1745 y 1344 debe reputarse que sucede directamente al causante, a título gratuito, y por consiguiente tratándose de bienes inmuebles éstos le pertenecen como bienes propios ( art. 1726) sin que para su enajenación se requiera la autorización de la cónyuge (art. 1749).

5. El asunto presenta interés porque incide en el alcance que, en nuestro derecho, hay que dar al efecto declarativo de la adjudicación en acto particional, es decir, si tal efecto borra todo el pasado de la indivisión o si deben subsistir ciertos actos realizados durante ésta y que no quedan afectados por la ficción retroactiva.

No hay duda que, antes del acto particional, la comunidad hereditaria existente determinó que el derecho hereditario por la cuota del marido haya ingresado al haber relativo de la sociedad conyugal (art. 1726, inc. 2ª) y que las cuotas hereditarias adquiridas por aquel, por compra, hayan ingresado al haber absoluto de la misma (art. 1725, N° 5).

La interrogante es: ¿Efectuada la partición y adjudicados los inmuebles al marido, se borra lo anterior y debe asumirse que por el efecto declarativo de la adjudicación éste ha adquirido los inmuebles a título gratuito, es decir, tratándose de bienes propios suyos que ha podido enajenar libremente?

6. Así lo entienden algunos autores que atribuyen al efecto declarativo un alcance amplio, según el cual la suerte de los bienes hereditarios con relación a la sociedad conyugal sólo se va a definir una vez liquidada la herencia. (A. Alessandri R. *Tratado Práctico de la Sociedad Conyugal* ... N° 274; pág. 225) (M. Somarriva U. *Indivisión y Partición*, t. 2; N° 549, pág. 330), pero, como expresa Henri Capitant (*La Indivisión*, pág. 387): "Es necesario no exagerar esta fórmula, ya que no todos los actos ejecutados durante la comunidad quedan sin efecto por la partición; tal acontece, por ejemplo, con la cesión de la cuota parte... , acto que subsiste a pesar de la partición".

7. Es decir, el alcance del efecto declarativo no puede tener una amplitud tal que vulnere la normativa específica de la sociedad conyugal (argumento que se da en los votos disidentes de este fallo) y que se refuerza si se considera que la finalidad propia de tal efecto es resguardar al adjudicatario de los actos de enajenación o gravamen constituidos por otros comuneros sin el consentimiento del primero, pero no significa que a través de la partición pueda cambiarse el título adquisitivo cuando éste ha operado conforme a la norma legal, transformándolo de oneroso en gratuito mediante la ficción de la retroactividad.

8. El fallo de casación hace referencia a una sentencia anterior de la Corte Suprema (del 28 de septiembre de 1955. RDJ tomo 52, sec. 1ª, pág. 311) que aplicó el art. 1729 al caso en que el título adquisitivo de las cuotas restantes fue un contrato de transacción, pero explica que la situación es diferente, porque no se refiere a la cesión de derechos, sino a la transacción y al efecto declarativo que ella pueda tener.

Pero en ese fallo del año 1955 se reconoce que la transacción constituyó un título nuevo y oneroso, por lo cual originó la comunidad a la que se aplica el art. 1729.

9. De aquí que consideremos inalterable por el acto particional el efecto jurídico del título adquisitivo (oneroso) que, en parte, corresponde a los inmuebles adjudicados al marido, siendo éstos sociales y por lo mismo sujetos a la formalidad del art. 1749 bajo sanción de nulidad relativa.

Asimismo, consideramos muy pertinente la observación que consta en los votos disidentes en cuanto se expresa que “mediante esta operación, resultan preteridos los derechos que el legislador ha querido otorgar a la mujer para protegerla, situación que es contraria a la equidad y que no puede ser aceptada” (Considerando 5°).

10. El fallo de casación, para apoyar la tesis de que la compra de las otras cuotas hereditarias por el marido no obsta a su calidad de dueño exclusivo de los inmuebles en virtud del efecto declarativo de la partición, ha argumentado con la norma del art. 1745, según la cual, los precios que se paguen en la adquisición de bienes o derechos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumen erogados por la sociedad, debiéndosele recompensa a esta última.

Pero el art. 1745 se aplica, como reza su texto, en el caso de tratarse de la adquisición de “bienes o derechos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges”, durante la vigencia de la sociedad conyugal, y la situación en análisis está referida a la adquisición de cuotas a título oneroso que no pertenecerán al cónyuge, sino al patrimonio social. El título tampoco será gratuito, como lo explicita el inciso final de dicho artículo.

11. Pensamos que puede calificarse este caso de ejemplar, en cuanto plantea la necesidad e importancia de evitar que, mediante la decisión jurisprudencial, un criterio estrictamente legal y teórico pueda prevalecer opuesto a otro, también legal, pero más pragmático y equitativo en la interpretación de la ley.