

# LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA EN LA PARTICIÓN<sup>1</sup>

Juan Andrés Orrego Acuña<sup>2</sup>

El autor revisa los aspectos más significativos de la llamada obligación de garantía en la partición, que impone a todos los que intervinieron en ella, el deber recíproco de indemnizar al que posteriormente resultare privado de una o más cosas que le cupieron en la división del haber común, a consecuencia de la acción deducida por un tercero. Se destaca la pertenencia de esta obligación a la obligación más genérica de saneamiento de la evicción, se exponen los casos en que procede y sus fundamentos; se hace referencia asimismo a la prescripción de la acción para hacer efectiva la responsabilidad y a la extensión de la misma. Finalmente, se reproducen los preceptos atinentes a esta institución, en algunos Códigos sudamericanos y europeos.

## 1. Ubicación de la obligación de garantía, en la partición.

Trata el legislador de la obligación de garantía en la partición, en los artículos 1345 a 1347 del Código Civil. Forman parte estos preceptos del Título X, “*De la Partición de Bienes*”, que a su vez integra el Libro III. Y lo hace inmediatamente después de consagrar en el artículo 1344 el efecto declarativo de la partición. De ahí que en los textos para el estudio de la partición, o en general en los manuales jurídicos, al aludirse a los efectos de la partición, se destaquen precisamente al sobredicho efecto declarativo y a la obligación de garantía. En verdad, como se ha apuntado con agudeza, parece haber una contradicción aparente entre ambos efectos, pues primero se advierte que 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 partición (inciso 1º del artículo 1344). Hay pues una ficción de la ley, como si nunca hubiere existido comunidad, es decir, como si el adjudicatario hubiere adquirido el dominio directamente del causante. El adjudicatario, así, se desvincula de la comunidad de la que formó parte,

---

<sup>1</sup> Trabajo publicado en “Estudios sobre garantías reales y personales”, libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Facultad de Jurisprudencia Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Colombia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2009, Tomo II, pp. 745 a 766.

<sup>2</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Ex Secretario General de la Universidad de La Frontera, Temuco, y de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae, de la Universidad Internacional SEK, de la Universidad de Las Américas, Universidad Andrés Bello, Universidad Central y Universidad Santo Tomás. Autor de los libros *Contrato de arrendamiento* (2003), *Análisis de la nueva Ley de Matrimonio Civil* (2004), y *Temas de Derecho de Familia* (2007).

pues conforme a la referida ficción, no debe a aquella su dominio, sino al causante. Pero acto seguido, el Código, en los tres artículos posteriores, establece la obligación recíproca de garantía, entre todos los que integraron la indivisión, y que será objeto de nuestro análisis. Dicha obligación de garantía, como es obvio, sólo puede comprenderse a partir del supuesto que haya existido efectivamente una comunidad, cuyos partícipes son precisamente los llamados por la ley a otorgarse esta garantía recíproca. ¿Cómo se puede entender esta aparente contradicción? Pablo Rodríguez Grez la explica, afirmando que “*Si se mantuviera esta situación sin alteración alguna, la desvinculación de los indivisarios respecto de aquel a favor del cual se hizo una adjudicación, les permitiría sustraerse de toda consecuencia si el adjudicatario fuere evicto de la cosa o fuere perturbado en su posesión exclusiva. Con ello se consagraria un factor de desequilibrio que rompería la unidad y tratamiento igualitario de todos los indivisarios.*”<sup>3</sup>

## 2. La obligación de garantía en la partición no es una caución.

Distinguía Manuel Somarriva entre las garantías y las cauciones, señalando al efecto que “*Jurídicamente hablando, no son términos sinónimos garantía y caución, porque si bien toda caución tiene el carácter de garantía, pueden existir garantías –y de innegable eficacia- que no sean cauciones, como acontece con el derecho legal de retención. En suma garantía es el género y caución es la especie.*”<sup>4</sup> Ahora bien, el Código Civil no contiene un concepto de garantía, aunque sí define la caución en el artículo 46, expresando que “*Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.*” La expresión empleada por el precepto, en orden a que la caución “*se contrae*”, denota que la fuente de la misma es, por regla general<sup>5</sup>, el contrato, pues tal es aquél en virtud del que las partes “*contraen*” obligaciones. La garantía, en cambio, arranca directamente de la ley, sin que la voluntad de los sujetos concernidos tenga trascendencia. Así las cosas, la denominada “*obligación de garantía*” que opera en la partición y cuyos alcances revisaremos en las líneas que siguen, constituye indudablemente una clase de garantía, más no constitutiva de una caución.

## 3. Pertenencia de la obligación de garantía en la partición, a la obligación más genérica de saneamiento de la evicción.

Una de las más importantes garantías que consagra nuestro ordenamiento jurídico, es la que se refiere al saneamiento de la evicción. Sabido es que el Código la regula especialmente en los contratos de compraventa (artículos 1837 a 1856) y de arrendamiento (artículos 1930 y 1931), pero ciertamente, no debe creerse que es privativa de dichos

---

<sup>3</sup> Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, volumen 2, p. 341.

<sup>4</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., sin año, p. 8.

<sup>5</sup> Decimos que por regla general, pues no olvidamos que excepcionalmente, algunas cauciones tienen un origen puramente legal, como en el caso de la hipoteca legal de los artículos 660 y 662 del Código de Procedimiento Civil y de la hipoteca legal a que se refiere el artículo 212 del Código de Aguas.

contratos, habiéndose entendido que está presente, en general, en las convenciones y en los contratos a título oneroso y dentro de éstos a los que tienen el carácter de conmutativos<sup>6</sup>. Y precisamente la obligación de garantía en la partición, se enmarca en la hipótesis más amplia de la obligación de saneamiento de la evicción. El otro de los aspectos involucrados en la obligación de saneamiento, dice relación con los vicios redhibitorios de que pueda adolecer la cosa. En las normas de la partición, sin embargo, nada dijo el legislador acerca de estos vicios, a diferencia de la compraventa y del arrendamiento, de manera que nada podría reclamar el adjudicatario afectado por tal causa. Así lo ha entendido nuestra doctrina: Somarriva, afirma que en la partición no se aplican los vicios redhibitorios, y respondiendo a quienes postulan una opinión contraria sobre la base de la igualdad de los indivisarios, que justificaría indemnizar también al adjudicatario por los mencionados vicios, señala que tal argumento debe rechazarse en presencia de la letra de la ley: ella sólo se refiere a la evicción, nada ha dicho de los vicios redhibitorios, y por mucha amplitud que se tenga para interpretar la palabra evicción, no puede llegar a comprender a los vicios redhibitorios, que legalmente son cosas distintas. Agrega Somariva que el hecho de que la obligación de garantía no comprenda la indemnización de los vicios redhibitorios, no deja al adjudicatario desprovisto de toda defensa, pues ellos serían indemnizables si fueren de tal consideración que significaren una lesión para el adjudicatario en los términos del artículo 1348 del Código Civil<sup>7</sup> <sup>8</sup>. Pablo Rodríguez Grez, por su parte, señala varias razones que explican la exclusión del saneamiento de los vicios redhibitorios en la partición, que seguidamente reseñamos: 1° A la adjudicación no se le aplican las normas de la compraventa; 2° El artículo 1345 se refiere a las molestias de que puede ser objeto el adjudicatario, las cuales necesariamente deben provenir de la acción de terceros; 3° La cosa adjudicada ha sido siempre del adjudicatario (atendido el carácter declarativo de la adjudicación), éste ha podido y debido conocerla desde que adquirió su derecho cuotativo.<sup>9</sup> Pedro Lira Urquieta, a su vez, concuerda con quienes excluyen el saneamiento de los vicios redhibitorios, estimando que la razón de ello se divisa en que el comunero ha debido conocer el objeto cuya adjudicación admite, lo que no es siempre posible exigir en la compraventa.<sup>10</sup> Distinta es la solución del Código Civil argentino, cuyo artículo 3510, que reproducimos en el último acápite de este trabajo, admite expresamente la indemnización por vicios redhibitorios, aunque limitándola al caso en que el bien disminuya a lo menos en una cuarta parte de su valor.

#### 4. En qué consiste la obligación de garantía en la partición.

---

<sup>6</sup> López Santa María, Jorge, *Los Contratos. Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 1998, Tomo I, Segunda edición actualizada, p. 110; Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*. Explicaciones de clases revisadas por el profesor René Abeliuk, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1998, cuarta edición actualizada, p. 586. En adelante, *Derecho Sucesorio*.

<sup>7</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, p. 586.

<sup>8</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, quinta edición actualizada, año 2002, p. 491. En adelante *Indivisión y Partición*.

<sup>9</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 342.

<sup>10</sup> Lira Urquieta, Pedro, *La Partición de bienes*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1948, p. 229.

Dispone el artículo 1345 del Código Civil lo siguiente: “*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.*”

Se observa que dos son los derechos que tiene el partícipe de la partición, ante cuyo ejercicio los demás que formaban la comunidad deben cumplir obligaciones de diversa naturaleza:

a. Si el adjudicatario sufre molestia de terceros en su posesión, lo denunciará a los otros que intervinieron en la partición, para que éstos concurran y hagan cesar la molestia. En este caso, los demás que integraban la comunidad, deben cumplir con una obligación de hacer. Ahora bien, siendo dos o más los otros partícipes de la comunidad, cualquiera de ellos podrá ser obligado al cumplimiento de esta obligación de hacer. Se trata por ende de una obligación indivisible. ¿De qué índole ha de ser esta molestia experimentada por el partícipe? ¿Debemos entender, como se ha sostenido en la compraventa y en el arrendamiento, que dicha molestia ha de ser de índole jurídica, y aún más, de carácter judicial, y no simplemente una turbación de hecho, de la que el partícipe podría defenderse solo? O, por el contrario, ¿es más amplia la hipótesis contemplada para la partición, de manera que podría el adjudicatario exigir la intervención de los demás que formaban la comunidad, aunque los actos del tercero se hayan limitado a reclamos o perturbaciones materiales, o jurídicas pero hasta el momento extrajudiciales.

La cuestión se vincula con el alcance de la frase “*para que concurran a hacer cesar la molestia*”. A nuestro juicio, el acto de molestia debe producirse a consecuencia de una reclamación jurídica que seguidamente se concrete en una acción judicial deducida en contra del adjudicatario; se trata entonces de un tercero que reclama derechos sobre la cosa que se le adjudicó al primero, y que además lo hace en sede judicial. No divisamos razones para concluir en un sentido distinto al que nuestra doctrina ha propuesto en la compraventa y en el arrendamiento. No puede pretenderse que el partícipe asuma una actitud pasiva o negligente ante las perturbaciones o molestias fácticas que terceros desplieguen en su perjuicio. Como dueño de la cosa, o al menos como poseedor de la misma, el Derecho le confiere medios para defenderse por sí solo, sin necesidad de recurrir por el momento al auxilio de aquellos que integraban con él la comunidad extinta. Este ha sido el predicamento de nuestra doctrina. Luis Claro Solar, afirmaba que “*La perturbación que sólo consiste en un hecho no puede dar lugar a la acción en garantía contra los herederos<sup>11</sup> del que la sufre. Se trata tan solo de vías de hecho que el poseedor debe rechazar él mismo sirviéndose de las acciones posesorias que la ley le otorga. Desde que no se pretende por el perturbador derecho alguno en la cosa, los coherederos no tienen nada que hacer valer, porque los hechos de perturbación material no importan una molestia jurídica. Más la situación es distinta si el perturbador lo hace en razón del derecho que pretende tener en la cosa y que quiere le sea reconocido por el heredero poseedor de ella; éste se halla molesto realmente porque tiene la amenaza de la acción que*

---

<sup>11</sup> Entendemos que se quiso aludir a los “*coherederos*”.

*puede promoverse en su contra.*”<sup>12</sup> Somarriva concluye de igual manera, sosteniendo que “Respecto de las molestias mencionadas por el legislador en la partición, son las de derecho; las de hecho deben ser perseguidas directamente por el adjudicatario.”<sup>13</sup> Sin embargo, adhiriendo a lo que planteaba en su época Capitant, afirma que “Para que reciba aplicación la obligación de garantía basta entonces con que un tercero pretenda tener un derecho en los bienes adjudicados o niegue el derecho del adjudicatario, pero no se requiere que se haya deducido acción judicial; aun la amenaza extrajudicial significa una molestia que debe cesar.”<sup>14</sup> Pedro Lira Urquieta, por su parte, discurre en los siguientes términos: “¿Se trata de una molestia material o de una molestia jurídica? Hay consenso para considerar que la ley sólo tuvo presente la molestia jurídica. En verdad las turbaciones que no se traducen en alegaciones de derechos y que, por consiguiente, no son llevadas a los tribunales, no son de gravedad jurídica y no tendrán una causa anterior a la partición. Por lo demás, este ha sido el criterio de nuestro Código Civil en casos análogos, como lo demuestra el precepto del artículo 1930.”<sup>15</sup> Lira parece admitir que la molestia a que alude la ley, ha de concretarse en sede judicial, señalado: “Nos inclinamos a pensar (...) que el legislador al hablar separadamente de molestias en la posesión (molestias que deben ser jurídicas) ha querido referirse a otras medidas judiciales que no sean la demanda misma que trae aparejada la evicción.”<sup>16</sup> De esta manera, en las dos hipótesis planteadas en el artículo 1845, sea que se trate de molestias, sea que se produzca derechamente la evicción, ha de haberse deducido una acción judicial en contra del adjudicatario. En fin, Pablo Rodríguez Grez asevera sobre el particular: “Nuestra ley se ha referido a dos situaciones que quedan cubiertas por la obligación de garantía que pesa sobre todos los indivisarios: molestias en la posesión del objeto y evicción del mismo. Lo primero significa que terceras personas hagan valer derechos sobre la cosa adjudicada (así se trate de derechos reales o personales). No se refiere a perturbaciones de hecho que deben ser encaradas y defendidas por el propietario en su calidad de tal.”<sup>17</sup>

En síntesis, parece claro que ha de tratarse de perturbaciones de derecho y no de hecho. Discrepamos sin embargo con Somarriva, en cuanto a que consideramos necesario que la pretensión jurídica del tercero se formalice en una acción judicial. Mientras no ocurra esto, los reclamos del tercero, aunque tengan fundamentos jurídicos, no pasan de ser meras molestias fácticas, afirmaciones jactanciosas que en definitiva podrían no llegar a debatirse ante los tribunales. Sostener lo contrario, implica, a nuestro juicio, desgastar innecesariamente a los demás partícipes, en escaramuzas estériles. Adherimos por tanto a lo sostenido por Lira, conforme a lo precedentemente citado.

Pero agrega Somarriva que a diferencia de lo reglamentado en la compraventa, en la partición la citación no necesariamente habrá que hacerla conforme al procedimiento previsto para la compraventa. Sostiene al efecto: “Ahora bien, en la compraventa, para que exista obligación de saneamiento de la evicción, el comprador debe citar de evicción a su

---

<sup>12</sup> Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis S.A., año 1992, Volumen VIII, pp. 223 y 224.

<sup>13</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, p. 588.

<sup>14</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, p.489.

<sup>15</sup> Lira Urquieta, Pedro, ob. cit., p. 227.

<sup>16</sup> Lira Urquieta, Pedro, ob. cit., p. 228.

<sup>17</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 341.

vendedor. *¿Se aplica en la partición esta obligación de citar a los asignatarios para que el adjudicatario tenga derecho a hacer efectiva la obligación de garantía? Nos parece que no habiéndola exigido el legislador no habrá necesidad de semejante citación.*"<sup>18</sup> Si bien es cierto, el Código no contempló en las normas de la partición una disposición semejante a la del artículo 1843<sup>19</sup> en la compraventa, que formalmente exige citar de evicción conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, y sólo señala que el partícipe molestado en su posesión "lo denunciará a los otros partícipes para que concurran a hacer cesar la molestia", nos parece razonable aplicar el mismo procedimiento contemplado para la compraventa. Por lo demás, nuestros tribunales de justicia han concluido que la citación de evicción es posible en cualesquiera clase de juicios, como lo prueba la historia fidedigna del establecimiento de la ley, pues en el proyecto de Código de Procedimiento Civil, la citación de evicción figuraba en los trámites del juicio ordinario, y la Comisión Revisora optó por colocarla entre los procedimientos especiales, dejando constancia en las actas que se procedió de esta forma, porque la citación de evicción no es un trámite exclusivo de los juicios ordinarios, sino de todo juicio. Por ende, en el juicio incoado por el tercero en contra del adjudicatario, éste podrá solicitar al Tribunal que se proceda a citar de evicción a sus copartícipes, para que concurran a asistirlo. Recordemos que la citación de evicción se encuentra regulada en los artículos 584 al 587 del Código de Enjuiciamiento.

Como refiere Pedro Lira acerca de la misma materia, "*Tratándose, en consecuencia, de una turbación o molestia de carácter jurídico el comunero debe apresurarse a denunciar este hecho a los demás comuneros para que concurran a defenderlo. Su negligencia en hacer la denuncia podría costarle cara pues de sobrevenir más tarde la evicción tendría que demostrar que ella no se originó por su culpa, de acuerdo con lo que establece el número 3 del artículo 1346. Entendemos que al hablar aquí la ley de denuncia se ha referido a una citación judicial. No sería suficiente denuncia una comunicación privada.*"<sup>20</sup> Rodríguez Grez, a su vez, llega a una conclusión semejante a la de Pedro Lira, manifestando al efecto: "*Dado el hecho de que no se trata en este caso de la obligación de saneamiento impuesta en el contrato de compraventa como elemento de la naturaleza del mismo, no cabe hablar de la 'citación de evicción' de que trata el artículo 1843 del Código Civil. Pero, atendiendo a la escasa reglamentación del artículo 1845, es necesario emplazar a todos los partícipes que lo fueron en la indivisión, a fin de que sea oponible a ellos la evicción o perturbación que sufre el adjudicatario. ¿Cómo se hace este emplazamiento? Estimamos que, por tratarse de perturbaciones que, necesariamente, habrán de traducirse en la existencia de un juicio en contra del adjudicatario, debe en el indicado proceso hacerse notificar a los demás indivisarios, los que podrán concurrir al juicio como terceros coadyuvantes, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 23 del*

---

<sup>18</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, p. 588.

<sup>19</sup> Dispone el artículo 1843 del Código Civil: "*El comprador a quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla. / Esta citación se hará en el término señalado por el Código de Enjuiciamiento. / Si el comprador omitiere citar, y fuere evicta la cosa, el vendedor no será obligado al saneamiento; y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción; a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa.*"

<sup>20</sup> Lira Urquieta, Pedro, ob. cit., pp. 227 y 228.

*Código de Procedimiento Civil.*”<sup>21</sup> Aún más, Rodríguez Grez afirma que tal emplazamiento es un presupuesto básico y fundamental de la responsabilidad de los consignatarios: “*Si ella se omite no existirá responsabilidad alguna que pueda reclamarse. La ley es precisa cuando impone al adjudicatario la obligación de ‘denunciar’ a los demás partícipes la perturbación o molestia, dándoles la oportunidad de concurrir al juicio en defensa de los derechos comprometidos. Si no hay ‘denuncia’ oportuna, no hay responsabilidad.*”<sup>22</sup>

b. Si el partícipe es privado de la cosa que le correspondió en la partición, por una sentencia judicial cuya causa sea anterior a la partición<sup>23</sup>, podrá exigir que los demás intervinientes de la liquidación, le saneen la evicción, es decir, lo indemnicen de todo el perjuicio sufrido. En este caso, la obligación que tienen los demás que formaban la comunidad, es una obligación de dar, y por ende, puesto que se concreta en el pago de una suma de dinero, es perfectamente divisible, en el caso que tales comuneros hubieren sido dos o más. El Código Civil así lo resuelve en el artículo 1347, al que haremos referencia más adelante.

¿Qué debemos entender, para estos efectos, por evicción? Somarriva, siguiendo las ideas propuestas por Pothier<sup>24</sup>, entiende que ha de darse a la evicción un alcance amplio, de manera que el adjudicatario la sufrirá no sólo cuando sea privado de todo o parte de uno de los bienes incluidos en su lote, sino también cuando sobre ellos exista un derecho real de hipoteca (o, agregamos nosotros, una prenda de aquellas sin desplazamiento), usufructo, censo o servidumbre, o un contrato de arrendamiento que deba respetarse. La obligación de garantía alcanza a todos los bienes incluidos en la hijuela del comunero, muebles o inmuebles, corporales o incorporales. Respecto de la adjudicación de un crédito, Somarriva acepta la obligación de garantía en términos muy amplios, afirmando que no sólo opera cuando el crédito adjudicado no existía, sino también si el deudor de dicho crédito era insolvente al tiempo de la partición, de donde resulta –concluye Somarriva– que la obligación de garantía con respecto a los créditos en la partición es mucho más amplia que esa misma obligación en la cesión de créditos donde, por regla general, el cedente sólo responde al cesionario de la calidad de acreedor, más no de la solvencia del deudor.<sup>25</sup> De

---

<sup>21</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 342.

<sup>22</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 342.

<sup>23</sup> No parece haber impedimento para aplicar la definición de evicción del artículo 1838 del Código Civil, complementada por el artículo 1839 del mismo Código.

<sup>24</sup> Pothier señalaba que “*Se da el nombre de evicción, no sólo a la sentencia que pura y simplemente condena a entregar una cosa, sino también a la que condena a entregar una cosa, pagar u obligarse a hacer una cosa. Por esta razón, si el comprador de una finca, en virtud de haberse interpuesto acción hipotecaria, se ve obligado al pago del crédito para evitar el abandono de la misma, que vale tanto o más que el crédito del demandante, este comprador, en tal caso, sufre evicción de la cosa que se le ha vendido, que no puede conservar sino a fuerza de entregar dinero; por lo que queda el vendedor obligado a responderle de esta evicción con el reembolso de lo que pagó por él*”: Pothier, Robert, *Tratado del contrato de ventas*, citado en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año 1997, Tomo VII, p. 314.

<sup>25</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, ob. cit., p.490. Dispone al efecto el artículo 1907 del Código Civil, en el título “*De la cesión de derechos*”: “*El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se*

esta forma, sintetiza el autor a quien las páginas de este volumen homenajean, *“podemos concluir que el partícipe sufrirá evicción cada vez que se presente un perjuicio o disminución en los bienes que se le han adjudicado y como consecuencia de lo cual se rompa la igualdad que debe existir en la partición.”*<sup>26</sup>

La doctrina también se ha referido al aumento de valor que la cosa adjudicada y después evicta, experimentó mientras estuvo en poder del adjudicatario, y si dicho aumento debe o no considerarse en la respectiva indemnización. Sobre el particular, las opiniones están divididas. Somarriva se inclina por la opinión de indemnizar solamente de acuerdo al valor que tenía la cosa, al momento de la partición, argumentando para ello: 1° Tal era la opinión que tenía Pothier, inspirador del Código francés, de quien tomó Bello el artículo 1345; 2° Porque, como dice Capitán, *“La evicción en materia de partición está fundada sobre la idea de la igualdad. La evicción prueba que el derecho que se había puesto en el lote del evicto no pertenecía al difunto; es pues el valor de este derecho al momento en que él ha sido puesto en su lote el que es necesario considerar; la igualdad de la partición así lo requiere. Lo que hace que ciertos autores admitan otra solución es que ellos razonan aquí como en materia de cesión de derechos; pero es del todo diferente: la evicción está fundada sobre otro principio, el principio de la igualdad en la partición.”*; 3° Si el pensamiento del legislador fuera que el monto de la indemnización se midiera por el valor del bien al momento de la evicción, lo habría reglamentado y dicho expresamente, tal como acontece en la compraventa (artículo 1847 número 5)<sup>27</sup>. Respecto al primer argumento, debe advertirse sin embargo que el Código Civil francés no resolvió la materia, y más bien podría estimarse que está más cercano a la tesis en virtud de la cual el valor a indemnizar ha de ser aquél que tenía la cosa al momento de la evicción, considerando que su artículo 885 expresa que los coherederos deben indemnizar al evicto *“por la pérdida que le hubiere causado la evicción”*. Dicha pérdida bien podría estimarse al tiempo de la evicción, y no al tiempo de la adjudicación. Precisamente, tal es la conclusión a la que llega Pedro Lira, quien afirma: *“El saneamiento de que habla el artículo 1347 del Código Civil no comprende la totalidad de lo que se especifica en el artículo 1847 del Código Civil en el caso referente a la compraventa. El saneamiento por evicción en las particiones se reduce al precio de la cosa evicta, a nada más. ¿Cuál es este precio? ¿El que tuvo la cosa al tiempo de la adjudicación o el que tuvo al tiempo de la evicción? Parece razonable admitir este último precio.”*<sup>28</sup>

En el Derecho comparado, hay soluciones diversas, según se podrá apreciar al revisar las normas que se transcriben al final de este trabajo. Así, el Código Civil peruano y el Código Civil argentino, atienden al valor de la cosa, al tiempo de la evicción, mientras que el Código Civil uruguayo ordena indemnizar conforme al valor de la cosa al tiempo de la adjudicación. Otros, como el nuestro, no resuelven expresamente la materia. En relación al Código trasandino, nos parece de interés citar parte del comentario que hizo acerca de esta materia Dalmacio Vélez Sarsfield, y que se recoge en una nota explicativa al artículo

---

*comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa.”*

<sup>26</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, ob. cit., p.490.

<sup>27</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, ob. cit., pp 495 y 496.

<sup>28</sup> Lira Urquieta, Pedro, ob. cit., pp. 231 y 232.

3506. Decía el jurista argentino: *“La materia de este artículo presenta las más serias dificultades y ha dividido la opinión de los jurisconsultos. Unos enseñan que, para determinar la pérdida que la evicción ha causado al coheredero, es necesario considerar el valor que tenía al tiempo de la evicción, el objeto que la evicción le quita, sin tener en cuenta el valor diferente, superior o inferior, que ese objeto podría tener a la época de la evicción. Otros creen que es necesario hacer una distinción. Si el valor relativo de los diferentes lotes no ha variado después de la partición, se debe calcular la pérdida que la evicción ha causado según el valor de la cosa a la época de la partición. Si al contrario, el valor respectivo de los lotes ha variado, la garantía debe ser por el valor actual de la cosa; y para saber si, en efecto, el valor respectivo de los diferentes lotes ha cambiado, se les debe reunir ficticiamente en una sola masa y proceder a una nueva estimación, a fin de atribuir al vencido, en la suma de esta estimación, una parte proporcional a su parte hereditaria. La tercera opinión, que es la que aceptamos, enseña que la indemnización debe ser calculada según el valor que tenía la cosa de que el coheredero es vencido, no a la época de la partición, sino a la época de la evicción (...) Si la indemnización tiene por objeto la pérdida que la evicción ha causado al coheredero, esta pérdida es la del valor actual de la cosa, aunque ese valor hubiese aumentado respecto al que se le dio al tiempo de la evicción. Si ha disminuido, el coheredero no tiene de qué quejarse, pues se le indemniza la pérdida real que ha sufrido. Se supone también que si la cosa vencida ha subido de valor, habrán subido también las cosas adjudicadas en los otros lotes.”*<sup>29</sup>

##### 5. Fundamento de la obligación de garantía en la partición.

En toda partición hay una regla de oro, a saber, la plena igualdad entre todos los comuneros. Por cierto, esto no quiere decir que dicha igualdad sea cuantitativa, pues usualmente no habrá tal, ya que debemos atender a las cuotas de los partícipes. Con todo, tal igualdad es sin embargo cualitativa. Puestos los comuneros ante los bienes que poseen proindiviso, no debe haber entre ellos ningún privilegio o preferencia<sup>30</sup>. Así las cosas, se comprende que si con posterioridad a la partición, uno de los partícipes resultare despojado de la cosa que recibió a cambio de su parte alícuota, los otros que formaban con él la comunidad y que retienen en cambio sus bienes, han de auxiliarlo y si es necesario indemnizarlo.

Somarriva, tras descartar que el fundamento de la evicción se encuentre en el hecho de que la partición fuere un título traslativo de dominio, de carácter análogo a la

---

<sup>29</sup> Código Civil de la República Argentina, nota de Dalmacio Vélez Sarsfield al artículo 3506, Buenos Aires, Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot, Edición 2004, p. 588.

<sup>30</sup> Este principio de la igual condición de los comuneros, se altera sin embargo en el Código Civil, en la regla décima del artículo 1337, que confiere al cónyuge sobreviviente un derecho de adjudicación preferente sobre ciertos bienes del causante y aún más, la posibilidad de recibirlos no como dueño, sino como usuario o habitador, en forma gratuita y vitalicia. Es tan celoso el legislador acerca de que se respete esta norma, que advierte en el inciso 2° del artículo 1318, que *“En especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10° otorga al cónyuge sobreviviente.”* (recuérdese que esta norma se incorporó al Código Civil por la Ley número 19.585, vigente desde el 27 de octubre de 1999).

compraventa, y no un título declarativo<sup>31</sup>, señalaba al efecto que “...en realidad, el fundamento de la evicción en la partición estriba en que el legislador aspira en todo momento a obtener la igualdad entre los comuneros frente a la partición, y es evidente que si uno de los adjudicatarios es evicto en la cosa adjudicada, indirectamente se quiebra esta igualdad. El asignatario evicto recibió menos de lo que le correspondía, y los demás recibieron más. En efecto, se consideró común una especie que no pertenecía realmente al

---

<sup>31</sup> Recordemos que las dudas en torno a la naturaleza jurídica de la partición y específicamente de la adjudicación respectiva, han surgido dado el equívoco tenor del artículo 703 del Código Civil, que parece incluirlos entre los títulos traslaticios de dominio, al establecer en sus incisos 3° y 4°: “Son traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. / Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.” En la doctrina francesa, hay quienes han defendido la tesis de que la partición no tiene en verdad un efecto declarativo, considerándola más bien como un contrato conmutativo. En esta corriente, está Laurent, que sostiene: “Si los coherederos se deben garantía es porque en realidad la partición es un contrato conmutativo. He aquí una nueva prueba de que el principio del artículo 883 es una ficción; pero la ficción no puede destruir la realidad, y la obligación de garantía es una consecuencia de la realidad de las cosas.”: citado por Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, ob. cit., p. 487. Entre los autores chilenos, Fernando Rozas Vial adhiere a la crítica formulada al tenor del artículo 703, en el que de manera radical, considera que se confunden todos los conceptos, afirmando: “Los llamados títulos declarativos de posesión, que también lo son para el dominio, como las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, la verdad es que no hacen nacer posesión ni dominio, y para determinar cuándo el poseedor o dueño fue tal, hay que remontarse a algún título de posesión o de dominio anterior. Estos títulos no hacen otra cosa que singularizar la posesión o el dominio que se tenía proindiviso con otros (artículos 718 y 1344). El artículo 703 es incorrecto al dar el carácter de títulos traslaticios a las sentencias de adjudicación y a los actos legales de partición.”: Rozas Vial, Fernando, *Los Bienes*, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, cuarta edición, año 2007, p. 215. Cristián Acuña Fernández, por su parte, hace un distingo, según se trate de un acto de partición de una comunidad hereditaria –en cuyo caso se trata de un título declarativo-, o de una comunidad de origen convencional, en cuyo caso estamos ante un título traslaticio de dominio, señalando: “la verdad es que al analizar la situación que nos plantea el inciso cuarto del artículo 703, no parece suficiente sostener que las sentencias de adjudicación y los actos de partición son una clase de títulos traslaticios que no sirven para transferir el dominio ya que dicha afirmación que, durante años ha servido para fundar la tesis de los títulos declarativos, no constituye, en el fondo, más que un juego de palabras. En efecto, si las sentencias de adjudicación y partición son de la clase de los títulos traslaticios y estos títulos son ‘los que por naturaleza sirven para transferirlo’, ¿Cómo se logra apartar a estos títulos del propósito que por naturaleza les corresponde, sin que se efectúe una expresa mención al respecto? Dicho de otra manera, ¿Se puede sostener que un acto pertenece a una categoría general, para luego negar el efecto que, naturalmente produce o busca producir al pertenecer a dicha categoría? La respuesta debe ser, por lógica, negativa. En síntesis si las sentencias de adjudicación y los actos legales de partición son de la clase de los títulos traslaticios, es porque, sus efectos son los mismos. No existe fundamento de texto que permita la interpretación que han sostenido algunos de nuestros Tribunales y la aparente contradicción que con esta tesis se busca evitar, en la práctica no existe. Es así como el artículo 1344 se está refiriendo a la situación que se plantea en las comunidades que encuentran origen en las sucesiones por causa de muerte y en las cuales el modo de adquirir es precisamente la sucesión. Es en este ámbito en que las sentencias de adjudicación y los actos legales de partición no constituyen títulos traslaticios ya que no existe tradición que efectuar. Es en este tipo de comunidades en las cuales las sentencias de adjudicación y los actos de partición son títulos meramente declarativos. En efecto, el dominio de estos comuneros deriva directamente del causante y no de la comunidad que, a su fallecimiento, se forma. En cambio en las comunidades que no encuentran razón en el fallecimiento de una persona sino que se han formado por acto entre vivos, las sentencias de adjudicación y los actos de partición son efectivamente títulos traslaticios de dominio.”: Acuña Fernández, Cristián, *Estudio de los Bienes y Derechos Reales*, Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones, año 2000, pp. 199 y 200.

*causante, con lo cual se estimó mayor el acervo a repartirse, y de este modo se perjudicó al adjudicatario privado de dichos bienes. Los demás asignatarios deben entonces indemnizarlo de modo que en definitiva todos reciban lo que les correspondía verdaderamente en la sucesión. Mediante la evicción, se vuelve a producir la igualdad entre los coasignatarios, y por ello, en esta aspiración del legislador, debemos encontrar el fundamento de esta acción.*"<sup>32</sup> Tal ha sido también la explicación propuesta por la mayoría de la doctrina francesa, siguiendo las explicaciones de Pothier; así, Capitant, Planiol, Baudry Lacantinerie y Josserand. Este último, afirmaba al efecto: *"La partición, acto declarativo por la voluntad del legislador; es un acto igualitario por la naturaleza misma de las cosas; nuestros antiguos autores decían que la igualdad es el alma de la partición; ella representa el fin, la razón de ser; su espíritu mismo."*<sup>33</sup> La equidad, como afirma Somarriva, es entonces el fundamento de la obligación de garantía que pesa sobre los indivisarios. Sería injusto que los efectos de la evicción recayeran únicamente sobre el adjudicatario<sup>34</sup>. Sobre este particular, Luis Claro Solar planteaba que la garantía nace de las relaciones recíprocas que durante la indivisión existen forzosamente entre todos los comuneros, cuyos derechos se refieren a la totalidad de los efectos comprendidos en la universalidad común, o en las cosas singulares de que son condueños y que estiman que forman la comunidad. Agregaba Claro Solar que tratándose de la herencia, en que la comunidad se refiere a la totalidad del patrimonio hereditario, tal como queda después de practicada la liquidación de lo que en él hay de ajeno dominio, se supone al efectuar la partición que los bienes que se dividen entre los herederos son bienes que efectivamente pertenecieron al difunto, y por eso se toman como base para fijar el valor partible entre los herederos. Así, sostiene Claro Solar, *"Si después de efectuada la partición uno de los herederos sufre la evicción de un efecto que se le adjudicó y que figuró entre los bienes que se dividían porque se consideró que era uno de los que constituían la herencia, puesto que resulta que en realidad no había sido legalmente del difunto, la situación en que la partición se había hecho se altera y cambia, afectando en el hecho a todos los partícipes (...) La obligación recíproca de saneamiento, tiene así su fundamento en una razón de equidad, puesto que si la evicción se hubiera producido antes de la partición el objeto evicto no habría podido figurar entre los bienes partibles y todos los comuneros por igual habrían sufrido la pérdida: no habría en absoluto justicia en que, si ello ocurre después de hecha la partición, sufra exclusivamente la pérdida el copartícipe a quien dicho efecto fue adjudicado en la división realizada entre todos: no es un efecto de la partición, sino una consecuencia necesaria de la comunidad que existió entre los partícipes a que la partición pone término."*<sup>35</sup>

## 6. Prescripción de la acción de saneamiento de la evicción.

Dispone la parte final del artículo 1345 que la acción de saneamiento de la evicción prescribirá en cuatro años, contados desde el día de la evicción. Tal día será aquél en que la

---

<sup>32</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, pp. 586 y 587.

<sup>33</sup> Citado por Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, ob. cit., p.488.

<sup>34</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, p.488.

<sup>35</sup> Claro Solar, Luis, ob. cit., pp. 221 y 222.

sentencia que acoja la demanda deducida por el tercero en contra del adjudicatario, queda ejecutoriada. Y al igual que lo señalado por nuestra doctrina a propósito del contrato de compraventa, respecto de la acción deducida en este caso por el adjudicatario para que los demás partícipes de la comunidad concurren a defenderlo, debiéramos concluir que la misma es imprescriptible<sup>36</sup>. Vale decir, la acción del adjudicatario para hacer efectiva la obligación de hacer de los demás partícipes de la comunidad, es imprescriptible; en cambio, es prescriptible aquella acción interpuesta por el adjudicatario para hacer efectiva la obligación de dar que tienen eventualmente los demás integrantes de la indivisión. Sin embargo, también debiéramos concluir que en el caso de la primera acción, los demás partícipes quedarán indemnes de responsabilidad civil, si el adjudicatario fuere evicto por haber dejado de oponer una excepción suya, como la de prescripción.

Como se trata de una prescripción especial de corto tiempo, como lo son aquellas inferiores a los cinco años, no se suspende a favor de las personas mencionadas en el artículo 2509 del Código Civil, aplicándose al efecto el artículo 2524 del mismo Código, que dispone: *“Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla.”*

7. Casos en que el partícipe carece de la acción para que los demás comuneros concurren a defenderlo o para que se le indemnice la evicción que ha sufrido.

Precisa el artículo 1346 del Código Civil que en tres casos, el adjudicatario está desprovisto de la acción para obtener que los demás integrantes de la comunidad concurren a defenderlo o para que sean condenados al pago de la indemnización respectiva, en caso de que sufra evicción. Son ellos:

a. Si la evicción o la molestia procediere por causa sobreviniente a la partición. La norma es similar a la que contempla el Código Civil a propósito del contrato de compraventa, al disponer el artículo 1839 que *“El vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta...”* Por ende, si la causa fuere posterior, no sería atribuible a los demás partícipes de la comunidad.

b. Si la acción de saneamiento se hubiere expresamente renunciado: lo que demuestra que la obligación de garantía es de la naturaleza de toda partición, y por ende, es perfectamente posible excluirla a través de un pacto expreso. Por ende, en el silencio de los comuneros que realicen la partición, cada uno de ellos conserva su obligación de garantía para con los demás. La misma solución se establece en la compraventa, al expresar el citado artículo 1839 que *“El vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta, salvo en cuanto se haya estipulado lo contrario.”* Aludiendo a esta hipótesis, Somarriva expresa que la posibilidad de renunciar a la evicción *“...se justifica ampliamente por ser esta acción de carácter netamente patrimonial y estar*

---

<sup>36</sup> Pedro Lira parece llegar a una conclusión diversa, pues después de aludir a la citación que debe hacerse a los demás partícipes, cuando el adjudicatario sufra molestias en su posesión, escribe: *“La acción prescribirá en conformidad a las reglas generales.”*: ob. cit., p. 228.

*establecida en el solo interés del adjudicatario evicto. Como la acción de evicción mira al interés particular del asignatario y no está prohibida expresamente su renuncia, aun si el artículo 1346 nada hubiera dicho al respecto, hubiéramos llegado a igual conclusión aplicando el artículo 12 del Código.*<sup>37</sup>

Ha surgido sin embargo una discusión en nuestra doctrina, en cuanto a si en esta materia, puede o no admitirse una renuncia general, o si, por el contrario, tal renuncia debe ser específica. Pedro Lira estima que la renuncia debe ser específica, estar referida a un bien o a unos bienes determinados. Argumenta que si bien el artículo 1346 se refiere a la acción de saneamiento que se hubiere expresamente renunciado, sin aludirse a un bien en especial, el artículo anterior habla *“del objeto que le cupo en la partición”* y que fue evicto. Agrega que *“Siempre ha considerado la ley la evicción de un objeto específico y a ese objeto debe referirse la renuncia expresa. Por lo demás, admitir la validez de una renuncia general equivale a convertirla en una fórmula de rigor en todas las particiones. Uno de los primeros acuerdos en una partición consistiría en pactar esta renuncia general y recíproca, que se traduciría en ventajas para los audaces y previsores y en perjuicio para los incautos.”*<sup>38</sup> Postula una tesis contraria Somarriva, quien resalta que no hay en nuestro Código una exigencia similar a la planteada en el artículo 884 del Código Civil francés, del que se desprende que la renuncia debe estar circunscrita a una causa particular de evicción. En nuestro Código, dice Somarriva, la situación es distinta y debemos concluir que entre nosotros sería válida una cláusula general de renuncia a la acción de saneamiento. Funda su opinión en las siguientes razones: 1º En la letra de la ley. La redacción del número 2 del artículo 1846 de nuestro Código es diversa a la redacción del artículo 884 del Código francés. Aquél no exige que la renuncia se refiera a una causa particular de evicción, le basta con que esta renuncia sea expresa; 2º En la historia fidedigna del establecimiento de la ley: En el número 2 del artículo 1520 del Proyecto de Código de 1853 se decía: *“No ha lugar a esta acción: 2º Si la evicción o molestia se hubiere específicamente exceptuado en cláusula del instrumento de partición.”* Aparece claro que en el Proyecto se seguía el mismo criterio del Código francés. La redacción dada al precepto en el Código definitivo indica que hubo un cambio, abandonándose el criterio primitivamente seguido; 3º En que ésta es la opinión de nuestros comentaristas<sup>39</sup> (aunque no de todos, según quedó en claro al citar a Pedro Lira). Entre tales comentaristas a los que alude Somarriva, está Luis Claro Solar, quien por su parte, afirma sobre el particular que nuestro Código sólo exige que la renuncia a la acción de saneamiento sea expresa, y admite por lo mismo que dicha renuncia se refiera a toda causa de evicción en general o a una causa de evicción expresamente determinada en la renuncia.<sup>40</sup>

Aunque en las normas de la partición, el Código Civil no reitera lo expresado en la compraventa, en orden a que *“Es nulo todo pacto en que se exima al vendedor del saneamiento de evicción, siempre que en ese pacto haya habido mala fe de parte suya”* (artículo 1842), creemos que si hubiere mala fe de parte de alguno de los partícipes de la comunidad, la renuncia hecha por el adjudicatario que después resultare evicto, adolecerá

---

<sup>37</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, p. 587.

<sup>38</sup> Lira Urquieta, Pedro, ob. cit., pp. 230 y 231.

<sup>39</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, pp. 493 y 494.

<sup>40</sup> Claro Solar, Luis, ob. cit., p. 233.

asimismo de nulidad. En este caso, entendemos que la causal de nulidad del pacto sería el dolo, asimilado a la mala fe. Ahora bien, en cuanto a la prescripción de la acción en virtud de la cual se invocaría la nulidad, habrían dos soluciones: 1º Estimar que los cuatro años se deben computar desde la fecha de la partición, considerando que el inciso 1º del artículo 1348 dispone que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, debiéndose por ende aplicar el artículo 1691, en virtud del cual el cuadrienio se contará desde el día de la celebración del acto o contrato; o, 2º Entender que los cuatro años sólo podrían contarse desde el momento en que el adjudicatario sufre la molestia jurídica y está en condiciones de pedir a sus copartícipes que concurran para hacerla cesar. Ello, porque sólo en este caso podría originarse la responsabilidad de los copartícipes, que podrían intentar eludir la alegando que el adjudicatario había renunciado a la acción de saneamiento, y replicar el adjudicatario que dicha renuncia adolece precisamente de nulidad, por habérsela arrancado a consecuencia del actuar malicioso de los demás copartícipes. De las dos fórmulas propuestas, nos parece que se ajusta más al sistema del Código la primera, aunque reconocemos que la segunda guarda más correspondencia con la equidad y el principio de la igualdad entre los partícipes de la comunidad.

c. Si el partícipe ha sufrido la molestia o la evicción por su culpa: como es lógico, ninguna responsabilidad tienen los demás partícipes de la partición, si el adjudicatario pierde la cosa que recibió en la división por un hecho que sólo a él es atribuible, atendido su actuar negligente. Tal ocurriría, por ejemplo, si permite que un tercero entre en posesión de la cosa y transcurre el plazo necesario para que alegue prescripción.<sup>41</sup> En la compraventa, se establece una solución similar, al disponer el artículo 1846 que cesará la obligación de sanear: “2º Si el comprador perdió la posesión por su culpa, y de ello se siguió la evicción.” Rodríguez Grez, a propósito de la prescripción adquisitiva que puede operar en perjuicio del adjudicatario, plantea la siguiente interrogante: ¿qué sucede si la posesión que da lugar a la prescripción se ha iniciado durante la indivisión y se ha enterado cuando la cosa estaba adjudicada? Puede observarse que en la hipótesis planteada por este autor, al comunero se le adjudicó un bien que no estaba en poder de los indivisarios, sino en manos de un tercero, que por lo demás, estaba comportándose respecto de la cosa como señor y dueño. En el caso planteado, estima Rodríguez Grez que el adjudicatario carece de acción para emplazar a los demás partícipes. Para arribar a esta conclusión, sostiene los siguientes argumentos: 1º La posesión es una situación de hecho que afectaba la cosa objeto de la adjudicación, de manera que ella no tenía un defecto “legal” que fuera de responsabilidad de los demás copartícipes; 2º El adjudicatario, al hacerse dueño exclusivo, estaba en condiciones de interrumpir la prescripción, y aún más, ese derecho era exclusivo de él, y no de los restantes adjudicatarios, pues tales no eran ya propietarios de la cosa; 3º El perjuicio se produce al enterarse el plazo de la prescripción, no al iniciarse la posesión, de manera que esta situación no compromete la garantía que la ley impone a los demás consignatarios. Con todo, se hace cargo Rodríguez Grez de la opinión en virtud de la cual el tiempo de que podría disponer el adjudicatario para interrumpir la prescripción sería en algunos casos muy exiguo, no siendo razonable en tal caso que los demás partícipes queden liberados de

---

<sup>41</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, p. 588.

responsabilidad. Frente a esta objeción, Rodríguez Grez hace un distingo, según si el término de que disponía el adjudicatario le daba o no la oportunidad para interrumpir la prescripción, notificando la demanda al tercero poseedor. Si le quedaba un tiempo razonable, no habrá responsabilidad de los partícipes; por el contrario, habrá responsabilidad porque la adjudicación se ha hecho sin darle posibilidad alguna de evitar que se le prive de la cosa. Según Rodríguez Grez, la situación expuesta es exageradamente sutil y rebuscada<sup>42</sup>, juicio que no compartimos, pues bien podría presentarse el caso y no sería justo dejar en la indefensión al adjudicatario. El distingo precedente también se ha planteado respecto de la compraventa, y en su época, Arturo Alessandri Rodríguez adhería a la tesis que da acción de saneamiento cuando el comprador no estuvo, razonablemente, en condiciones de interrumpir la prescripción, expresando al efecto: “*Creemos, pues, que la segunda opinión es más conforme con la ley y con la equidad y que el vendedor no responde de la evicción proveniente de una prescripción comenzada antes y terminada después de la venta, sino cuando ésta se realiza en una época tal que sólo faltan pocos días o semanas para que aquélla termine. Quede bien entendido que ni aun en este caso respondería el vendedor si advirtió el peligro al comprador y este nada hizo por evitarlo, pues entonces la culpa sería suya y no de aquél.*”<sup>43</sup>

Además, la sola circunstancia de haber conocido el adjudicatario el vicio que después origina la evicción, no supone que los demás partícipes queden exonerados de responsabilidad ante aquél, pues no estaríamos aquí ante una renuncia expresa, como es la exigida por el artículo 1846<sup>44</sup>.

A los tres casos señalados en el artículo 1346, debe agregarse un cuarto, como precisa Somarriva: cuando la acción de evicción haya prescrito. Resulta evidente que si la acción de evicción ha prescrito, el adjudicatario nada podrá ya reclamarles a los demás partícipes.<sup>45</sup> No se trata de la acción para reclamar que los copartícipes concurren a hacer cesar la molestia, pues ésta no prescribe, sino que de la acción para reclamar el pago de la indemnización, una vez producida la evicción.

#### 8. Responsabilidad de los demás partícipes, al producirse la evicción.

Establece el artículo 1347 que el pago del saneamiento se divide entre los partícipes a prorrata de sus cuotas. Se trata, por ende, de una obligación simplemente conjunta, de aquellas definidas en el inciso 1° del artículo 1511 del Código Civil, y en las que cada uno de los deudores es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda. Somarriva agrega que el asignatario evicto también deberá soportar su parte, como única forma de restablecer realmente la igualdad; si no, -dice Somarriva-, el asignatario evicto estaría recibiendo más que los demás.<sup>46</sup> Visualicemos esto con un ejemplo: al efectuarse la partición, que involucra a cuatro comuneros, se adjudica a cada uno de éstos una hijuela compuesta por bienes cuyo valor asciende a \$ 20.000.000.-, habiendo sido por tanto el acervo común de \$

<sup>42</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 343 y 344.

<sup>43</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Santiago de Chile, Sociedad Imprenta-Litografía Barcelona, año 1918, Tomo segundo, p. 94.

<sup>44</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, p.494.

<sup>45</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, p. 588.

<sup>46</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, p. 588.

80.000.000.- Posteriormente, uno de ellos resulta evicto, pues se le priva del bien con el cual se le había enterado su parte alícuota, y que se había avaluado en \$ 20.000.000.-. En este caso, cada uno de los otros tres partícipes, estaría obligado a indemnizar al adjudicatario evicto con \$ 5.000.000.- Con ello, reconstituirá su hijuela, que ascenderá en definitiva a \$ 15.000.000.- Los otros tres, por su parte, retendrán asimismo bienes que ascenderán a \$ 15.000.000.-, pues de la cuota inicial que se les enteró, por \$ 20.000.000.-, han debido desprenderse de \$ 5.000.000.- De esta manera, se reduce la masa partible a \$ 60.000.000.-

Agregó el inciso 2° del artículo 1347 que la porción del insolvente grava a todos a prorrata de sus cuotas; incluso el que ha de ser indemnizado. La solución legal llama la atención, pues siendo una obligación simplemente conjunta, en principio cada uno de los partícipes debiera soportar solamente el pago de su cuota, y no resultar gravada la misma, o sea incrementada, si otro de los partícipes fuere insolvente. Pero como consigna Somarriva, se explica que se altere la solución contemplada en el artículo 1511 puesto que lo que se persigue es mantener incólume la igualdad en la condición entre todos los comuneros que intervinieron en la partición. Por la misma razón, el asignatario evicto también debe soportar en su patrimonio, la porción que le corresponda a consecuencia de la insolvencia de uno de los partícipes. De esta forma, por ejemplo, si en el caso planteado uno de los tres partícipes fuere insolvente y por ende no estuviere en condiciones de pagar \$ 5.000.000.- al adjudicatario evicto, cada uno de los cuatro partícipes soportará \$ 1.250.000.-, de manera que por el momento, el evicto podría demandar a dos de ellos (los solventes) por \$ 6.250.000.-, y más adelante, si varía la fortuna del insolvente en condiciones favorables, al tercero que era insolvente pero después dejó de serlo, por \$ 2.500.000.- Por cierto, los dos primeros, que incrementaron su cuota en \$ 1.250.000.- podrán repetir igualmente en contra del que dejó de ser insolvente. Cabe notar que la situación planteada en el artículo 1347, inciso 2°, no es exactamente igual a la establecida en el artículo 1522, inciso 3°, a propósito de las obligaciones solidarias, que dispone: *“La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad.”* Decimos que las dos fórmulas no son idénticas, pues mientras en el inciso 2° del artículo 1347 se afirma que *“La porción del insolvente grava a todos a prorrata de sus cuotas...”* (y al decir a todos, ha de incluirse también al insolvente), en el inciso 3° del artículo 1522 se dispone que la parte del insolvente *“...se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas...”* (y al expresar *“todos los otros”*, obviamente se está excluyendo al deudor insolvente). De esta manera, si se trata de tres codeudores solidarios de una obligación de \$ 90.000.000.-, todos con igual interés en el negocio, y uno de ellos la ha pagado, pero de los otros dos uno es insolvente, su porción, ascendente a \$ 30.000.000.-, se reparte entre el que pagó y el tercero codeudor solidario solvente, de manera que éste último, pagará al primero \$ 45.000.000.- (sus \$ 30.000.000.- de los que debía responder, más \$ 15.000.000.- que ha debido asumir por la expresada insolvencia).

#### 9. La obligación de garantía en la partición, en otras legislaciones.

La obligación de garantía que hemos revisado aparece consagrada en numerosos códigos. Transcribiremos seguidamente, las normas de algunos de ellos, con el propósito de

que el lector pueda compararlas con las contenidas en el Código chileno, y apreciar de esta forma sus similitudes y sus diferencias.

a. Código Civil argentino.

Citaremos dos series de normas de este Código: primero, aquellas contenidas en el Capítulo IV del Libro II, “*De la evicción entre los copartícipes*” (artículos 2140 a 2144); y después, las que se establecen en el Capítulo V del Libro IV, “*De los efectos de la partición*” (artículos 3505 a 3513). Ello, porque la primera serie de normas se aplica también a la obligación de garantía en la partición, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 3507.

- “*Artículo 2140. Lo dispuesto sobre los enajenantes y adquirentes en general, es aplicable a la evicción entre los copartícipes.*”

- “*Artículo 2141. En caso de evicción de los bienes divididos por causa anterior a la división, cada uno de los copartícipes responderá por la correspondiente indemnización, en proporción de su cuota, soportando el copartícipe vencido la parte que le tocara.*”

- “*Artículo 2142. En todos los casos en que los copartícipes deban por evicción indemnización a uno de ellos, si alguno fuere insolvente, el pago de su parte en la indemnización será dividido entre todos.*”

- “*Artículo 2143. Ninguno de los copartícipes se libra de la indemnización por haber perdido, por caso fortuito, la parte que se le dio en la división.*”

- “*Artículo 2144. La indemnización se hará por el valor que los bienes tuvieren en el tiempo de la evicción. Si hubiere créditos, el valor nominal de ellos en la partición será el objeto de la indemnización. Pero la responsabilidad por los créditos tendrá sólo lugar cuando el deudor fuese insolvente al tiempo de la división.*”

- “*Artículo 3505. Los coherederos son garantes, los unos hacia los otros, de toda evicción de los objetos que les han correspondido por la partición, y de toda turbación de derecho en el goce pacífico de los objetos mismos, o de las servidumbres activas, cuando la causa de la evicción o turbación es de una época anterior a la partición.*”

- “*Artículo 3506. La garantía de los coherederos es por el valor que tenía la cosa al tiempo de la evicción. Si a los coherederos no les conviniese satisfacer este valor, pueden exigir que se hagan de nuevo las particiones por el valor actual de los bienes, aunque algunos de ellos estuviesen ya enajenados.*”

- “*Artículo 3507. Es aplicable a la garantía de los coherederos por la evicción, lo dispuesto en los artículos 2140 a 2144, salvo las disposiciones especiales de este capítulo.*”

- *“Artículo 3508. La obligación recíproca de los coherederos por la evicción, es en proporción de su haber hereditario, comprendida la parte del que ha sufrido evicción; pero si alguno de ellos resultare insolvente, la pérdida será igualmente repartida entre el garantizado y los otros coherederos.”*

- *“Artículo 3509. Los coherederos están igualmente obligados a garantizarse, no sólo la existencia, en el día de la partición, de los créditos hereditarios que le han correspondido, sino también la solvencia, a esa época de los deudores de esos créditos.”*

- *“Artículo 3510. Los herederos se deben garantía de los defectos ocultos de los objetos que les han correspondido, siempre que por ellos disminuyan éstos una cuarta parte del precio de la tasación.”*

- *“Artículo 3511. La obligación de la garantía cesa sólo cuando ha sido expresamente renunciada en el acto de la partición y respecto a un caso determinado de evicción. Una cláusula general por la cual los herederos se librasen recíprocamente de toda obligación de garantía, es de ningún valor.”*

- *“Artículo 3512. Aunque el heredero hubiese conocido al tiempo de la partición el peligro de la evicción del objeto recibido por él, tiene derecho a exigir la garantía de sus coherederos, si la evicción sucediese.”*

- *“Artículo 3513. La acción de garantía se prescribe por el término de diez años, contados desde el día en que la evicción ha tenido lugar.”*

#### b. Código Civil francés.

- *“Artículo 884. Los coherederos están obligados entre sí al saneamiento en caso de evicción por causas anteriores a la partición.*

*La garantía no procederá si la causa de la evicción sufrida ha sido exceptuada por un pacto concreto y expreso en la escritura de partición; cesará si el coheredero sufre la evicción por su culpa.”*

- *“Artículo 885. Cada uno de los coherederos estará personalmente obligado, en proporción a su cuota hereditaria, a indemnizar a su coheredero por la pérdida que le hubiere causado la evicción.*

*Si uno de los coherederos resultare insolvente la parte por la que está obligado deberá repartirse igualmente entre el heredero garantizado y todos los coherederos solventes.”*

- *“Artículo 886. La garantía de la solvencia del deudor de una renta sólo podrá exigirse en los cinco años siguientes a la partición. No habrá lugar a garantía en razón de la insolvencia del deudor cuando se haya producido después de la consumación de la partición.”*

c. Código Civil peruano.

- *“Artículo 866. Saneamiento por evicción en la partición.  
Vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán, a prorrata, el valor que ellos tenían al momento de la evicción. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide.”*
- *“Artículo 867. Improcedencia del saneamiento por evicción.  
No hay saneamiento por evicción cuando el juicio proviene de causa expresamente excluida de la partición, es posterior a esta o se debe a culpa exclusiva del heredero.”*
- *“Artículo 868. Improcedencia de saneamiento por insolvencia.  
La insolvencia del deudor de un crédito adjudicado a alguno de los herederos, no da lugar a saneamiento, si sobreviniere después de hecha la partición.*

d. Código Civil uruguayo.

- *“Artículo 1152. Los coherederos están obligados recíprocamente al saneamiento por evicción de las cosas que les cupieron en sus respectivos lotes o hijuelas.”*
- *“Artículo 1153. Cesa la obligación de que habla el artículo anterior, cuando el mismo difunto hizo la partición, salvo lo dispuesto sobre las legítimas (artículo 895).”*
- *“Artículo 1154. Cesa también la obligación del artículo 1152, cuando expresamente se pactó lo contrario y cuando la evicción proceda de causa sobreviviente a la partición o por culpa del coheredero que la sufre.”*
- *“Artículo 1155. La obligación recíproca de los coherederos al saneamiento es proporcionada a su respectivo haber hereditario; pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte que corresponda al que ha de ser indemnizado.  
No se eximirá al coheredero de contribuir al saneamiento a pretexto de pérdida que por caso fortuito haya sufrido en los objetos que le cupieron por la partición.”*
- *“Artículo 1156. El saneamiento se hará, atendiendo al valor que a la cosa evicta se hubiere dado en la partición y no al valor que tenga al tiempo de la evicción.”*
- *“Artículo 1157. La acción de saneamiento entre coherederos prescribirá por cuatro años contados desde el día de la evicción.”*
- *“Artículo 1158. Los coherederos no se garantizan recíprocamente la solvencia posterior del deudor hereditario y sí solo que éste se hallaba solvente al tiempo de la partición. La garantía de la solvencia no puede ejercerse sino en los tres años siguientes a la partición.”*

e. Código Civil español.

- *“Artículo 1069. Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados.”*

- *“Artículo 1070. La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos:*

*1º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.*

*2º Cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición.*

*3º Cuando la evicción proceda de causa posterior a la partición, o fuere ocasionada por culpa del adjudicatario.”*

- *“Artículo 1071. La obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcionada a su respectivo haber hereditario; pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado.*

*Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna.”*

- *“Artículo 1072. Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición.*

*Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad; pero, si se cobran en todo o en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos.”*

f. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña.

- *“Artículo 53. Hecha la partición los coherederos quedan obligados, recíprocamente y en proporción a su haber, a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados, excepto en los siguientes casos:*

*1. Que la partición haya sido hecha por el testador.*

*2. Que se excluya expresamente esta garantía en la partición.*

*3. Que la evicción proceda de una causa posterior a la partición o la sufra el coheredero adjudicatario por su propia culpa.*

- *“Artículo 54. Si se adjudica a un coheredero un crédito contra un tercero, los otros no responderán de la insolvencia sobrevenida del deudor y sólo serán responsables de su insolvencia en el tiempo de hacerse la partición, salvo acuerdo en contrario.*

*La garantía de la solvencia del deudor de una renta periódica durará cinco años desde la partición.”*

No reproducimos las normas del Código Civil colombiano, por ser idénticas a las del Código Civil chileno, consagradas en el primero en los artículos 1402 a 1404. Lo

mismo ocurre con las disposiciones del Código Civil ecuatoriano, contempladas en los artículos 1388 a 1390.

De cualquier forma, aunque teniendo presente algunos matices, puede apreciarse que la obligación de garantía en la partición, es una institución común a los ordenamientos jurídicos occidentales, y constituye una herramienta jurídica que de manera eficaz, resuelva una situación de inequidad entre los que formaron parte de una indivisión.