

Comentarios al Código Civil Peruano

DE LOS CONTRATOS

SECCION CUARTA (*)

TITULO V

DE LA EVICCION Y EL SANEAMIENTO

Art. 1370.—“Aunque no se hubiese estipulado la evicción y el saneamiento, el enajenante está sujeto a ellos en todos los contratos onerosos en que se transfiere la propiedad, la posesión o el uso de las cosas”.

Referencias: Digesto, lib. 21, tit. 2, fr. 1, fr. 34, párrafo 2; lib. 19, tit. 1, fr. 11, párrafo 18; Código, lib. 8, tit. 45, ley 1, párrafo 6; Código francés, art. 1625, 1626; italiano, 1482; español, 1475; alemán, 434 y 445; japonés, 561, 563; portugués, 1046; suizo, 192; argentino, 2089, 2090; chileno, 1838, 1839; uruguayo, 1697, 1698; venezolano, 1546, 1547; brasileiro, 1107; mejicano, 2120; polaco, 306; turco, 189; chino, 349, 350; peruano, 1414, 1415.

Idénticamente que al tratarse de los vicios redhibitorios, la evicción es legislada dentro de los efectos generales de los contratos, y no como lo hacía el antiguo Código, dentro del con-

(*) Véase los Nos. I y III del Año VII de esta Revista.

trato de compra-venta. Efectivamente, la evicción es debida en todo contrato por el que se trasmite un derecho, de dominio, uso o posesión, a título oneroso.

¿Qué significa tal garantía? Explica de Diego: "evicción, de *evincere*, vencer, significa vencimiento en juicio y es la privación al comprador, por sentencia firme y en virtud de derecho anterior a la compra, de todo o parte del derecho de propiedad transmitido con la venta. *Evincere*, decían los antiguos, *est aliquid vincendo auferre*. Saneamiento por evicción es la obligación que surge para el vendedor de indemnizar daños y perjuicios al comprador cuando ha tenido lugar la evicción".

(Por tal obligación de garantía, el transferente debe proteger al adquirente en el derecho por éste obtenido, contra las perturbaciones de carácter jurídico emanadas de terceros, y en caso de incumplir con tal obligación, debe pagar daños y perjuicios. O sea, que hay aquí "dos obligaciones diversas en su naturaleza y en el orden jurídico de su cumplimiento, la primera y directa mira a la defensa judicial del comprador y es una obligación de hacer, la segunda, subsidiaria, para el caso de pérdida del pleito, importa una obligación de dar una suma de dinero, sue representa la indemnización de la evicción". (Barrós Errazuriz).)

"La evicción y el saneamiento—explica Sánchez Román—son dos términos de significación diversa, pero representan ideas relacionadas entre sí. La evicción viene del verbo latino *evincere*, o sea vencer en juicio, y se llama res evicta la cosa obtenida por decisión judicial. Es la evicción el antecedente necesario del saneamiento, corolario éste, a su vez, y complemento de justicia de aquélla. (Sanear, equivale a dar cosa sana; es decir, a vender cosa respecto de la cual nadie pueda invocar y obtener el reconocimiento judicial de un derecho superior ni contrario a la integridad del transmitido por el vendedor al comprador, en términos de que sea una realidad definitiva e irrevocable el cumplimiento de los fines de esencia en el contrato de compra venta, la transmisión del dominio en la cosa vendida, del vendedor al comprador; así como que la cosa vendida no esté sujeta a otras cargas o gravámenes que los que hayan sido declarados al celebrarse la venta, y en los propios términos en que fuera aceptada por el comprador.) De otro modo, sin un

supuesto que haga posible o cierta la evicción, no hay lugar al saneamiento”.

El deber de evicción es, pues, el fundante; en cuanto al saneamiento, es consecuencia de la regla basada en tal concepto primario o fundante. No se concibe que funcione la obligación por saneamiento si no se ha realizado el presupuesto que es propio a la evicción. Y la evicción contiene *in nuce* la reparación en que consiste el saneamiento. La iniciación en estos casos, para que venga a gravitar responsabilidad sobre el transferente es siempre la pretensión del tercero del eviccionante, que reclama la cosa para sí, con desmedro del adquiriente. Es el primer momento dentro del curso de consecuencias jurídicas que han de sobrevenir por causa de tal hecho; pero para que tales consecuencias tengan lugar, es necesario un segundo hecho, posterior y coadyuvante a la anterior constituido, por el acto de la evicción. Este segundo hecho es la acción misma de la evicción. Si el eviccionado no reclamara, no sobrevendría obligación ni responsabilidad para el transferente. Pero si la reclamación se produce, él mismo queda sujeto a la obligación que define la evicción, señalada por el Código en el art. 1375: salir a la defensa y continuarla hasta la sentencia que cause ejecutoria.

Y el saneamiento está condicionado al resultado de dicha obligación de garantía. Si el eviccionante es derrotado, como ningún trastorno se produce en la situación del adquiriente, el *tradens* se halla libre de toda reclamación. Pero si el eviccionante reivindica la cosa, surge entonces la obligación del saneamiento que determina el art. 1374, y aún puede demandarse la rescisión del contrato en la hipótesis del numeral 1380.

En síntesis, hay tres obligaciones en el deber de garantía: primero, la obligación de abstenerse el transferente de perturbar al adquiriente (obligación negativa, de no hacer, que el adquiriente puede hacer valer por medio de una excepción, para paralizar y remover la perturbación); segundo, la obligación de salir a defensa del derecho transmitido, frente a la pretensión del tercero (obligación positiva de hacer); y por último, obligación de reparar las consecuencias de la evicción producida, consumada (obligación de dar).

Ahora se presenta la determinación de la naturaleza divisible o indivisible del deber de garantía.

En lo que se refiere a la obligación consistente en salir a defensa del derecho amenazado aquella es indivisible. El adquirente puede exigirlo de cualesquiera de sus enajenantes (si fueron varios originariamente) o de cualesquiera de los herederos del enajenante. "En efecto, el hecho a realizarse no es susceptible de división. Defender al comprador es un hecho indivisible; no se comprendería una defensa parcial, no se presenta parcialmente los medios para el apoyo de una defensa, no se sostiene la tercera o la cuarta parte en un proceso. Es imposible que uno de los herederos del vendedor defienda parcialmente y cada uno de los herederos se halle obligado por la totalidad. Nosotros no concebimos, de otra parte, una defensa limitada a una cuota parte de los derechos amenazados, pues la indivisibilidad del objeto de la venta es normalmente necesario para el equilibrio del contrato. Por consiguiente la obligación es por si misma indivisible. Los antiguos autores estaban de acuerdo sobre este punto. Los autores modernos también lo están". (Beudant).

Igualmente es indivisible la obligación consistente en el hecho personal del transferente. En efecto, "la excepción de garantía es indivisible en ella misma, puesto que ella corresponde a un hecho negativo indivisible. En cuanto a la obligación por saneamiento, ella es divisible, por lo mismo que se trata de una obligación de pagar una suma de dinero.

(La garantía de evicción y saneamiento, sancionada por la ley es un elemento natural en los contratos onerosos. Como tal, no requiere ser estipulada, y ésta es precisamente la indicación a que se contrae el art. 1370. Pero no es un elemento esencial de ellos; puede, pues, ser modificada o suprimida totalmente por estipulación expresa (art. 1371). Además la obligación de garantía desaparece si la evicción no ha tenido lugar sino por un hecho o falta del adquirente (art. 1376). ✓

(Por razón de tal carácter sólo natural y no esencial de este elemento de que nos venimos ocupando referentemente a los

actos onerosos, así como la garantía puede ser excluida de ellos mediante estipulación expresa, puede, correlativamente, ser incluida, también mediante idéntica estipulación, en los actos gratuitos. Escribe sobre el particular Warneyer: "La obligación de garantía por la prestación del donante puede ser ampliada o restringida por convenio. La responsabilidad para el caso de dolo no puede ser excluida. La asunción de una más amplia responsabilidad de garantía requiere la formalidad del parágrafo 518. El donante responde entonces conforme a las prescripciones comunes sobre cumplimiento de obligaciones contractuales, sin poder ampararse en el parágrafo 521".

Para que tenga lugar la responsabilidad del trasmitente, se requiere primeramente, que haya existido una transmisión del derecho. En segundo término, que sobrevenga pérdida o amenaza de pérdida de ese derecho. En tercer lugar, que tal pérdida o amenaza de pérdida se origine por causa anterior a la transferencia por la cual obtuvo el adquiriente su derecho a la cosa.

Lo primero no requiere demostración. El deber de no permitir que se perturbe jurídicamente al adquiriente respecto de la cosa que se le ha enajenado, es algo consubstancial a la calidad del enajenante. Entregar la cosa a otro y no defender jurídicamente tal transmisión sería una *contradictio in adjecto*. La transmisión del derecho es, de consiguiente, la condición primaria para que surja la obligación edilicia. Pero debe remarcarse que la transmisión tiene que haberse producido a título oneroso, porque únicamente entonces el contrato se hace en mérito de recíprocas prestaciones de las partes, que ellas juzgan como equivalentes, y tal equivalencia se afectaría o desaparecería íntegramente si no hubiese tal deber de evicción. La responsabilidad por la misma debe considerarse aplicable al caso de donaciones *sub modo*, remuneratorias y a las dotes por razón matrimonial; igualmente a lo que ocurre tratándose de los vicios redhibitorios.

En cuanto a lo segundo, la pérdida o amenaza de pérdida del derecho debe tener un origen jurídico. El cedente no responde por las perturbaciones de hecho provenientes de tercero, como tampoco de la pérdida ocurrida por caso fortuito o por el llamado hecho del Príncipe. Es indispensable que el tercero perturbe al cesionario en el derecho obtenido por éste, por medio de un derecho que tal tercero pretende sobre la cosa, incom-

patible con el que ostenta el adquirente: reivindicación, acción confesoria, hipotecaria, de excepciones fundadas sobre los mismos derechos cuando el cesionario pretende ejercer el que ha adquirido sobre la cosa. Es esta perturbación el hecho que origina la obligación de defensa por el enajenante del derecho que transfirió.)

(Mientras que la obligación por evicción en sentido estricto supone una reclamación de parte de tercero aún no resuelta judicialmente en forma definitiva, la obligación por saneamiento importa que ya tal reclamación haya sido resuelta en favor de tercero.) Más, ¿puede tal responsabilidad por saneamiento surgir aún sin decisión judicial respecto al derecho invocado por el tercero? Supóngase, en efecto, que el cesionario persuadido del fundamento de derecho del tercero conviniese en el derecho del tercero. ¿Podría reclamar entonces no obstante del transferente? Boggio escribe sobre este particular que en tal hipótesis, no es menos cierta la procedencia del saneamiento, pues querer que sobrevenga una condena sería requerir inútiles gastos para la comprobación de lo que ya es evidente. El sucesor tendrá, pues, los mismos derechos contra su autor como si el reconocimiento de la pretensión del tercero fuese impuesto por sentencia. Pero debe advertirse, según lo hace notar el mismo Boggio, que es necesario que el transmitente dé su asentimiento acerca de tal voluntario abandono; de otra manera, sobre todo si demostrase parecer contrario, deberá probarse el derecho del adquirente; y si no se produjese tal prueba, o si la actitud del tercero y del adquirente resultaran motivadas por su deseo simplemente de evitarse las molestias o preocupaciones consiguientes a una contienda judicial, entonces no habrá lugar a garantía alguna. Sería peligroso dejar únicamente al criterio y buena fe del adquirente la decisión de si había o no derecho de parte del reivindicante. Por eso lo más cuerdo es resolver en el sentido que lo ha hecho nuestro codificador en el inciso 2.º del art. 1376, al indicar que el adquirente debe hacer citar al transferente frente a la demanda entablada por tercero, para que aquél pueda gozar del saneamiento.)

En un caso podrá sobrevenir la obligación del saneamiento sin decisión judicial, cuando el cesionario ha venido a suceder al verdadero propietario en la cosa, poseyéndola a título de sucesor.

El simple temor a una perturbación en el derecho adquirido no da origen a la obligación por evicción. Se requiere que se trate de una "perturbación actual", o sea, que sólo cuando haya demanda judicial entablada por el tercero surge la obligación en el trasferente.

En tercer lugar, para que haya lugar a la obligación por evicción y saneamiento se requiere que la perturbación provenga de causa anterior a la transferencia de que se trate. Sólo tales perturbaciones implican un defecto en el derecho transmitido; las que derivan de causa posterior, o son debidas a caso fortuito o a una falta del adquiriente, no. El transferente no tiene, pues, porque responder por ellas.

Entre las evicciones posteriores, que por lo tanto no responsabilizan al cedente, se cuentan las que son causadas por un "hecho del Príncipe", entre las cuales debe considerarse la expropiación por causa de utilidad pública. No obstante, por excepción la garantía tiene lugar cuando el acto de la autoridad pública se funda sobre un derecho preexistente, que ha sido violado, restituyendo la cosa a quien tiene verdaderamente derecho sobre ella; pues en tal caso el acto de la autoridad pública no debe estimarse como constituyendo fuerza mayor, de cargo de consiguiente del cesionario, sino que importa una legítima resolución del título que detentaba el *tradens*; título que es el mismo por cuya virtud transmitió su derecho.

Más, el tradente responderá por evicción cuya causa sea posterior al acto si en ella hay una circunstancia que implique falta de su parte. Así, tendríamos el caso tratándose de la prescripción inminente en el momento del acto, o la evicción resultante de un hecho personal del transferente (por ejemplo venta de un mismo mueble a dos personas distintas, poniendo al segundo de los compradores en posesión de la cosa).

Como en el caso de los vicios redhibitorios, en la evicción se requiere que el adquiriente haya ignorado el defecto de que adolecía el derecho de su transmitente; infiriéndose esta regla de lo dispuesto en el art. 1381. De los vicios aparentes no responderá el cedente. Sólo por los ocultos y no declarados debe la garantía, salvo que hubieran sido conocidos por el cesionario.

¿Cómo funciona la obligación por vicios de derecho, en caso de enajenación de una *universitas*? Carvalho de Mendoza escribe a este respecto: "Hallamos la solución en una ley roma-

na. Por esa ley si la cosa tomada en conjunto forma un cuerpo cierto, como un rebaño, una biblioteca, el vendedor debe la garantía por las cosas singularmente consideradas. Si, al contrario, forma un cuerpo incierto, como una herencia, tiene lugar la solución expuesta; esto es, el vendedor no responde por las cosas individualizadas. Por lo demás, aún en la venta de herencia prevalece el deber de garantía si el vendedor enumera los objetos que la componen, si la torna en cierta, si la vende conforme a inventario. Todo depende, pues, de la especificación del objeto vendido. Por otra parte debe el comprador indemnizar al vendedor todos los perjuicios y gastos que hubiere hecho con respecto a la herencia, tales como deudas y legados que hubiese pagado. Debe el comprador satisfacer al vendedor todos los derechos reales o personales que le compitieran sobre la herencia por otro título que no sea el del heredero, aún cuando aparezcan confundidos. Si los acreedores o legatarios demandaran al vendedor, debe el comprador indemnizarlo. El comprador de la herencia quedará subrogado en los derechos y obligaciones del vendedor y estará subsidiariamente obligado frente a los acreedores y legatarios de la herencia, si éstos no pudieran tener del comprador lo que les es debido”.

El alienante responde por evicción y saneamiento frente a su adquirente por responsabilidad directa. Si este último transmitió a su vez la cosa a otro, responde frente a éste, y así sucesivamente. El último adquirente contra quien se dirige la reivindicación acciona frente a su enajenante, y éste frente al suyo, y así sucesivamente. Más, a propósito de esta repercusión de la garantía se eleva la pregunta de si el adquirente puede accionar directamente contra algunos de los enajenantes de la cosa, y no únicamente contra el enajenante último del que recibió inmediatamente la cosa. Primus vende a Secundus y éste a Tercius. Este último, que sufre la evicción, ¿puede reclamar, *omisso medio*, de Primus? La jurisprudencia francesa ha fallado en sentido afirmativo. “La jurisprudencia reconoce al comprador el derecho de obrar no solamente contra el autor directa, sino también contra cualesquiera de los anteriores transferentes, y esto por acción directa. Esto implica que el

vendedor debe la garantía no solamente al comprador, su cesionario directo, sino también a los causahabientes de éste último en otras palabras, el lazo legal existe entre cada autor y el conjunto de causahabientes ulteriores. Esta manera de ver, aunque discutible, es consagrada por la jurisprudencia. Ella se funda principalmente sobre el art. 1615, conforme a cuyos términos la persona que enajena una cosa transfiere a la cosa. Vender, es colocar al comprador en su lugar y situación, transmitirle todos los derechos que se tiene y que son anexos a la cosa vendida. Desde el momento que el vendedor tenía el derecho eventual de obrar contra su propio causante, el comprador adquiere este derecho por efecto de la venta; es, pues, en virtud de un derecho que le es personal pues es cesionario de él, que puede obrar contra el causante de su causante; él se dirige a él, *omisso medio*; él ejerce su acción en virtud de un derecho propio y no por aplicación del art. 1166". (Beudan).

Si el adquirente renunció a la garantía, ¿puede no obstante dirigirse no contra su enajenante (con quien convino en la irresponsabilidad), sino contra el anterior o anteriores transferentes? No falta quien juzgue que sí; pero a nosotros nos parece que la renuncia pone una solución de continuidad entre las sucesivas responsabilidades. El adquirente renunció a la garantía que le debía su más inmediato responsable. Nada más, es cierto. Pero es que es a lo único que podía renunciar. Los anteriores tradentes son extraños a la operación jurídica misma por la cual el actual propietario ha adquirido la cosa. Luego ¿qué explicación lógica puede haber para que pretenda demandar a otra persona sólo medianamente responsable? La renuncia fué a la garantía en sí, es decir, completa, absoluta.

Caso de que sea posible la acción contra un transferente anterior, hay que advertir que no se puede reclamar sino el precio pagado a éste, así el precio pagado por el eviccionado sea mayor. Ejemplo: Primus recibió de Secundus, su comprador, 100,000 soles; Tercius, el eviccionado, pagó como precio a Secundus, 110,000 soles; Tercius, que demanda directamente el saneamiento de Primus, no puede exigir sino 100,000. De otro lado, si el precio pagado por el que acciona por saneamiento es menor del precio recibido por el anterior enajenante contra quien se dirige la demanda, no puede exigir de éste sino tal precio pagado por el demandante. Ejemplo: Primus recibió co-

mo precio 110,000 de Secundus, y a éste le pagó Tercius 100,000; Tercius no puede reclamar de Primus sino 100,000 soles. La razón es clara: en el primer caso, si Primus pagara más del precio por él pagado, se empobrecería indebidamente; en el segundo caso, si Tercius recibiera más de lo pagado por él, se enriquecería sin causa.

Dentro del sistema que establece que el precio a restituir por saneamiento es el pagado en el acto de la adquisición, las anteriores soluciones funcionan sin tropiezo; pero si como ocurre con nuestro Código (art. 1377) se considera el valor de la cosa al tiempo de la reivindicación, la solución encuentra dificultades prácticas para su aplicación.

La evicción es evitable si el adquirente desinteresa al tercero reivindicante; entonces el vendedor queda sujeto al reembolso de la suma pagada por el adquirente al tercero, los intereses y gastos efectuados al respecto; ninguna otra responsabilidad le es exigible (art. 1488 del Código italiano).

Art. 1371.—“Pueden los contratantes ampliar o restringir la evicción y el saneamiento; pueden también pactar que el enajenante no quede sujeto a estas obligaciones”.

Art. 1372.—“Aunque se hubiese pactado que no quede sujeto el enajenante a saneamiento, lo estará sin embargo al que resulte de un hecho personal suyo; todo pacto en contrario es nulo”.

Art. 1373.—“Cuando el adquirente en el caso del artículo 1371 hubiese renunciado el derecho a saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el enajenante devolver el precio que recibió, a no ser que el adquirente hubiese

hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose expresamente a sus consecuencias”.

Referencias: Digesto, lib. 21, tit. 2, fr. 68, tr; lib. 19, tit. 1, fr. 6, párrafo 9; lib. 18, tit. 1, fr. 11, párrafo 18; Código lib. 8, tit. 45, ley 1, párrafo 27; Código francés, art. 1627, 1628, 1629; italiano, 1487-8, 1483, 1484; español, 1475, 1476, 1477; portugués 1055, 1051, 30; argentino, 2098, 2099, 2100, 2118; holandés, 1530; colombiano, 1898; uruguayo, (1699, 17) 1701; chileno, 1839, in fine, 1842, 1852; brasileiro, 1107, 1108; mejicano, 2121, 2122, 2123; alemán, 439, 443; suizo, 192; polaco, 308, 316; chino, 351; peruano, 1416, y 1417.

Si la alienación de una cosa no comportara la obligación de garantía por evicción, (así como por vicios redhibitorios) no se podría decir propiamente, que exista cumplimiento del contrato. Pero aunque tal obligación sea, así, de la naturaleza de los contratos onerosos, ella no es imperativa: art. 1371.

La prueba de la respectiva cláusula modificatoria de la garantía legal, correrá de cargo de quien la invoque, por lo mismo que se deroga el régimen dispositivo general, y en último análisis, determinar su alcance y significado es cuestión de interpretación de la voluntad convencional. Si la cláusula es de *non praestanda evictione*, no puede ser invocada sino por el transferente del derecho, a quien beneficia; no por terceros, que ocasionaran la evicción y contra los cuales aquél habría tenido medios de defensa si hubiera conservado bajo su dominio la cosa. El adquirente, subrogado en los derechos y acciones del transferente, podrá obrar en tal carácter contra los terceros, sin que éstos puedan oponerle la cláusula de no garantía, la cual para ellos es *res inter alios acta*.

En general, la expresada cláusula liberatoria de la responsabilidad por evicción, puede ser incluida en el instrumento mismo originario de la adquisición, o por documento posterior. Ella, por otra parte, no es válida, por cuanto importa una renuncia a un derecho, sino en tanto es hecha por sujeto con capacidad de disposición (Huc).

La cláusula de no garantía sufre dos limitaciones: la del art. 1372 y la del art. 1373.

El primero preceptúa que el adquiriente no puede liberarse de la garantía cuando la evicción procede de un hecho personal suyo. *Quem de evictione tenet actio, eudem agentem repellit exceptio*. El cedente debe, pues, necesariamente la garantía del hecho personal suyo. No puede obrar contra su cesionario, atacando el derecho de éste a la cosa; derecho que tal cedente precisamente le transmitió. En efecto, sería incompatible con la posición adoptada por el *tradens* un hecho de su parte que significaría desconocimiento a la alienación por él practicada. En resolución, admitir cláusula de tal laya referente al hecho personal del enajenante, sería atentatorio al principio de la buena fe que debe presidir el comercio jurídico, sería algo semejante a una dispensa anticipada de dolo, *nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos moros est*.

Los hechos personales que dan lugar a la garantía pueden ser anteriores al contrato por el cual el adquiriente obtuvo el derecho (constitución de un derecho real sobre la misma cosa en favor de tercero, hipoteca inscrita antes que la transcripción del derecho cedido, locación de la cosa oponible al adquiriente de la misma), o pueden ser posteriores (constitución de derecho real en favor de un nuevo cesionario).

Por lo demás al art. 1372, que es reproducción del 1628 del Código de Napoleón, no debe entenderse en un sentido absolutamente riguroso. Tratando de dicho número 1628 del *Code Civil* se lee en Fuzier Hermann y Darras: "Por lo demás, este artículo (el 1628 del Código de Napoleón) no debe ser entendido en un sentido rigurosamente literal. Si el texto prohíbe colocar los hechos personales del vendedor bajo el beneficio de la cláusula de irresponsabilidad se puede, sin embargo, someter bajo el imperio de esta disposición los daños que puedan resultar eventualmente de un hecho concreto que constituya el ejercicio de un derecho. Ha sido juzgado a este respecto que una compañía concesionaria de minas que vende terrenos situados en el perímetro de su explotación, puede estipular válidamente que no deberá ninguna garantía al adquiriente por razón del perjuicio que pueda resultar para el terreno adquirido por los trabajos subterráneos de explotación regular de la mina. Tal estipulación que no exonera a la compañía de las consecuencias

mismas de su culpa, no tiene nada de contraria al orden público”.

La nulidad sancionada en la última parte del art. 1372, en el sentido de que es nulo todo pacto liberatorio de saneamiento por hecho personal del enajenante, concierne a las cláusulas generales de garantía. Se podría pactar la exoneración acerca de una evicción por hecho personal anterior al contrato, siempre que el cesionario conozca tal hecho y se haga especial mención de tal circunstancia. De otro lado, así se haya estipulado una cláusula general de irresponsabilidad el adquirente no tendrá derecho a la garantía (invocando la nulidad de tal estipulación) por evicción proveniente de hecho personal del transmitente, si el adquirente tuvo conocimiento de tal hecho, aunque no haya sido declarado por el primero.

El B. G. B. (art. 443) castiga como írrita la cláusula de exoneración cuando el vendedor ha ocultado maliciosamente el vicio al comprador. Ello es lógico, pues tal hecho es atentatorio de la buena fé. Pensamos que el art. 1372 de nuestra ley civil puede incluir el supuesto referido: el hecho personal puede ser concomitante al convenio de transferencia. En todo caso habría dolo por omisión y entraría en juego el art. 1088.

La indicación contenida en el art. 1373 hace que de las obligaciones que establece el precepto 1374 contra el tradente, sólo le sea exigible la primera: restitución del precio pagado. Esa restitución es debida porque el *solvens* había pagado el precio para adquirir la propiedad de la cosa; como no la ha obtenido, el precio se encuentra sin causa en manos del alienante. Es un caso de enriquecimiento indebido. O como dice Gasca, sería contrario a la equidad que el vendedor lucrase con el precio, mientras sucede que el comprador se vé privado de la cosa.

La fundamentación respecto al deber de repetición del precio pese a la estipulación de *non praestandae evictione*, se encuentra en García Goyena en términos acabados. El art. 1373 de nuestro Código se conforma casi *ad litere* al art. 1400 del

Proyecto del Código español de 1851. García Goyena escribe con referencia a dicho art. 1400 lo siguiente: En el artículo anterior (el 1399, que declara que es nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción siempre que haya mala fe de su parte) se ha declarado nulo el pacto doloso de no haberse de prestar la evicción: en éste se reconoce válido el hecho de buena fe; pero se añade que no por esto quedará libre el vendedor de la devolución del precio. *Si aperte in conventione comprehendatur nihil evictionis nomine proestatur iri; pretium deberi, re evicta, utilitatem non deberi* (daños e intereses.) *Nec enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem ut emptor rem suam amitteret et venditor rem suam retineret*, ley 11, párrafo 18, título 1, libro 19 del Digesto. Es imposible que sin vender nada adquiriera en cambio el vendedor algo: la causa por la que el comprador ha pagado el precio desaparece por la evicción; el vendedor lo retiene ya sin causa, y por consiguiente debe restituirlo.

Según el art. 1488 del Código italiano, con la devolución del precio también debe restituir el vendedor los gastos efectuados en el contrato celebrado con el comprador.

Pero el artículo 1373 contiene una excepción a la obligación de devolver el precio: cuando el adquiriente hubiese hecho renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose expresamente a sus consecuencias. En efecto, en esta hipótesis de nada puede lamentarse; se trata de un interés privado, renunciable, que no compromete el orden público. "En este caso viene a comprarse un derecho incierto e inseguro, una esperanza: la venta en este caso es parecida a la *futuri factus retes* y toma el carácter de un contrato aleatorio", escribe García Goyena. No obstante, el mismo autor se pronuncia por la repetición. Escribe así: "algunos creen que en el artículo 1629 Francés, del que ha sido tomado el nuestro, se halla decidida en sentido negativo la cuestión dudosa en Derecho Romano, sobre si el que compra a sabiendas cosa ajena o hipotecada sin estipular nada para el caso de evicción, puede llegado que sea, repetir el precio del vendedor; el precio sólo, no los daños e intereses. Yo creo, por el contrario, que la cuestión queda intacta para el

caso mucho más común y general de no haberse pactado que el vendedor quedara libre del saneamiento. Los que están por la negativa en Derecho Romano citan la ley 27, título 45, libro 8 del Código, que por cierto es apretante: los sostenedores de la afirmativa pretenden ingeniosamente que la ley no habla del precio, sino de los gastos del pleito que sostuvo temerariamente el comprador, y que sería una manifiesta iniquidad que el vendedor se enriquezca a expensas del comprador, reteniendo el precio de una cosa que no le pertenecía. Séase lo que se quiera de la letra y espíritu de la citada ley Romana, yo tengo por más conforme a equidad la opinión afirmativa: además, el ánimo de donar no se presume, mientras pueda interpretarse el acto en cualquier otro sentido, y el comprador puede esperar que la propiedad de la cosa recaería después en el vendedor, y de consiguiente subsistiría la venta".

La letra del artículo 1373 de nuestro Código no deja, sin embargo, lugar a dudas: no existe obligación de restituir el precio si el adquirente hizo la renuncia a la evicción "con conocimiento del riesgo y sometiéndose expresamente a sus consecuencias". Durantón dice que en la hipótesis tratada, el comprador adquiriendo por su cuenta y riesgo, ha querido comprar el posible derecho del vendedor sobre la cosa, más propiamente que la cosa misma. El comprador sabe que compra un derecho precario, paga en consecuencia, (así hay que suponerlo), un precio bajo; se corre el alea de adquirir una cosa de mayor o menor valor a la que paga. En consecuencia, es justificado que no pueda exigir restitución de precio si la cosa la pierde por la reivindicación del tercero. Pero es preciso que el adquirente haya no sólo conocido el peligro de la evicción, sino que *expresamente* haya asumido sus consecuencias. Es decir, que el artículo 1373 exige copulativamente que el riesgo haya sido conocido por el adquirente y que lo haya asumido expresamente, a diferencia de lo que podría pensarse con respecto, por ejemplo al Código francés, en que de atenernos sólo a la expresión literal, podría creerse que basta una u otra circunstancia (art. 1639). La fórmula de nuestro Código es superior a la del Código francés. En síntesis, la cláusula de renuncia en cuanto concierne a un derecho privado es válida, pues no cae dentro de la sanción del artículo III del título preliminar, que indica que no se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público

o a las buenas costumbres. Remarcando la necesidad de la concurrencia de las dos condiciones (mención expresa de asumir el comprador el riesgo y conocimiento de éste) escribe Gasca: "Es realmente el pacto expícito de exclusión el que demuestra la voluntad del comprador de correr el alea de la evicción. . . . Es necesario, pues, que el comprador tenga conocimiento del peligro de la evicción antes de la venta, no después, pues es en el momento del contrato que él puede juzgar si le conviene renunciar no solamente a la garantía sino también a la restitución del precio, en vista de la favorable probabilidad que presenta el contrato. Y este conocimiento del peligro lo adquiriese después del contrato, ello habría podido influir sobre su decisión".

El precio que devuelve el enajenante es el que recibió de su adquiriente, según indica el art. 1373, en el caso de renuncia a la evicción. Pero en esto hay una implicancia con lo dispuesto en el art. 1377, que establece que, en general, el precio que el enajenante está obligado a sanear es el que tenga la cosa al tiempo de perderla el enajenante.

Art. 1374.—"El adquiriente en virtud del saneamiento a que está obligado el enajenante, tiene derecho de pedirle:

- 1º, La restitución del precio;
- 2º, Los frutos, si fué condenado a devolverlos con la cosa;
- 3º, Las costas del juicio de saneamiento contra el enajenante y las del juicio en que fué vencido;
- 4º, Los impuestos y gastos del contrato".

Referencias: Digesto, lib. 21, tit. 2, fr. 70; Código, lib. 8, tit. 45, ley 23, in fine; Código francés, art. 1630; italiano, 1483 (1486); suizo, 195; portugués, 1047; español, 1478; chileno, 1847; uruguayo, 1706; venezolano, 1550; argentino, 2118, 2120; boliviano, 1047; mejicano, 2126, 2127; brasileiro, 1109; turco, 192, 193; alemán, 346; ruso, 193; polaco, 317; peruano, 1418.

El precepto legisla sobre el efecto subsidiario de la garantía debida por el transferente. Si el verdadero *dominus* obtiene el reconocimiento de su derecho, la obligación del enajenante frente al adquiriente se expresa en la de indemnización dentro de los términos considerados en el artículo. El saneamiento sobreviene, así, cuando se produce sentencia firme en favor del tercero eviccionante, sea por que el *tradens* no le disputa tal derecho, faltando a lo dispuesto en el número 1375, sea porque debatiéndolo, resulta vencedor el tercero.

Conforme al artículo 1374, la obligación del saneamiento es mayor o menor en cuanto a lo que abarque, es decir, a lo que se deba por tal concepto, según el carácter o la extensión de la pérdida sufrida por el adquiriente. Así, la restitución de frutos es eventual (inc. 2°); puede condenarse o no al transferente por daños y perjuicios (art. 1379).

Hay que determinar en qué consiste la pérdida sufrida para, consecuentemente, determinar aquello por lo que se responde. "La garantía por saneamiento puede referirse: a) a la evicción de toda la cosa enajenada; b) a una parte de ella determinada materialmente; c) a una parte alicuota de la misma; d) al reconocimiento de una servidumbre pasiva no declarada en el contrato y que el propietario del fundo dominante hubiese obtenido por la acción *confesoria servitutis*; e) el desconocimiento de una servidumbre activa que el comprador pretendiese ejercitar en mérito del contrato sobre el fundo del vecino, que la desconoce; f) la dejación del fundo que el comprador hiciere espontáneamente para evitar un pleito absolutamente infundado; g) el pago hecho por el comprador al acreedor hipotecario inscrito sobre el fundo, para evitar el remate de éste; h) la desestimación en juicio de la reivindicación intentada por el comprador contra el tercero o poseedor". (Cornejo).

En cuanto a las costas judiciales, surge la cuestión de saber si el transferente responde por los gastos del juicio en que se reconoció el derecho del tercero solamente desde que aquél fué llamado a intervenir en el juicio. Troplong y Laurent opinan que sólo responden por los gastos ocasionados a partir de tal momento. Baudry Lecantinerie et Saignat manifiestan que debe res-

ponder por todos los gastos, aún los anteriores a la citación al transmitente, siempre que haya buena fé de parte del adquiriente. Y según Duvergier, Aubry et Rau y Guillonard si el procedimiento anterior a dicha citación es útil al garante, no hay motivo para dispensarle de las costas y, de otro lado, si aún después de tal citación el adquiriente por procedimientos irregulares o contestaciones mal fundadas ha dado origen a gastos inútiles, no responderá el transmitente por éstos. Dentro del Código nacional, estando a lo ordenado en la segunda parte del art. 1375 y en el inciso 1º del art. 1376, la cuestión no ofrece interés. En efecto, según tales disposiciones el saneamiento sólo tiene lugar cuando al transferente se le cita con la demanda entablada por el tercero. Es decir, que el adquiriente no interviene en el juicio promovido. Sin embargo, la ley misma se contradice sobre este particular cuando en el inciso tercero del artículo 1374 habla de las costas "del juicio en que fué vencido". Sólo puede ser vencido el enajenante que sale inmediatamente a juicio, con la notificación de la demanda; notificación que debe hacerse inmediatamente. El actor de la evicción claro es que tiene derecho a las costas contra dicho enajenante, pero esta es cuestión no vinculada, intrínseca, sino ocasionalmente, a la responsabilidad edilicia, que únicamente debe concretarse a la relación entre el transferente y el cesionario. Por lo mismo se explica por si sola la obligación impuesta en lo que se refiere a las costas por el juicio de saneamiento.

En fin, el transferente debe los impuestos y gastos del contrato siempre, demás es decirlo, que hayan sido de cargo del adquiriente. En consecuencia, reembolsará los gastos por timbres, papel sellado, notariales y fiscales.

La restitución del precio es la primera y fundamental consecuencia de la evicción consumada. Si el adquiriente se vé desposeído de la cosa, tiene justo motivo para exigir repetición del precio que pagó o del valor que tenga la cosa al perderla, siendo esta última solución la que consigna el Código en el art. 1377. Dicha obligación de restitución del precio, se justifica por si misma.

En cuanto al pago de frutos, es evidente que sólo procede en caso de que el adquiriente hubiera sido obligado a tal pago en favor del reivindicante, junto con la cosa materia de la evicción. De otra manera, no se halla obligado el transmitente, en virtud de que los frutos se compensan con los intereses del precio recibido. Por lo demás, la devolución de frutos al reivindicante se regirá por las reglas pertinentes relativas a la posesión. Si la cosa no fuera fructífera, no pudiendo hablarse de compensación de los intereses del precio con la percepción de frutos, tales intereses deben acumularse al precio a restituir, ya que de otra suerte el adquiriente resultaría perjudicado.

El pago de frutos por el enajenante únicamente puede comprender lo que el eviccionado fué condenado a entregar por el mismo concepto al reivindicante. Por eso el inciso está configurado en forma condicional: "si fué condenado a devolverlos". No hay obligación del alienante sino condicionada en este punto a la correspondiente de parte del cesionario, y por lo mismo sólo hasta donde ésta última se extienda. El eviccionado no puede ser condenado a restituir los frutos sino por el tiempo que tuvo la cosa en su poder, y éste tiene que ser también en un límite en cuanto al derecho que le confiere el inciso 2º del art. 1374 frente al enajenante. El derecho a exigir restitución de frutos por el reivindicante, por el tiempo anterior a la transmisión de la cosa a poder del eviccionado, es cuestión independiente, ajena a los alcances del saneamiento, y que corresponde ser ventilada entre el que transfirió la cosa y su verdadero dueño, imputándose una responsabilidad directa contra el primero y en favor del segundo.

Art. 1375.—“Promovido juicio contra el adquiriente en los casos en que hay lugar al saneamiento, el enajenante está obligado a salir a la defensa y a continuarla hasta la sentencia que cause ejecutoria.

Para los efectos de este artículo el adquiriente está obligado a hacer citar al enajenante con la demanda entablada”.

Art. 1376.—‘El adquirente no puede exigir saneamiento:

1º Si no impidió y cuidó de que se hiciera la citación de que habla el artículo anterior;

2º Si sometió la causa a arbitraje sin consentimiento del enajenante y la perdió en este juicio;

3º Si cuando adquirió la cosa sabía que era litigiosa o ajena y el enajenante lo ignoraba.’

Referencias: Digesto, lib. 21, tit. 2, fr. 53, párrafo 1; Código lib. 8, tit. 45, ley 8 y 21; Código francés, art. 1640; italiano, 1485, (1485 y 1497); español, 1481 y 1482; portugués, 1051, 1053; chileno, 1843, 1844, 1846, 1852; argentino, 2108, 2109, 2101, 2106, 2108 a 2112; uruguayo, 1705, 1701; mejicano, 2124, 2140; brasileiro, 1116 y 1117; venezolano, 1549; colombiano, 1899; turco, 189, al 2.º 190, al 3.º, 191; ruso, 192, 194; suizo, 192, al 2.º, 193; polaco, 314; alemán, 439; japonés, 561 in fine; peruano, 1419, 1420, 1421.

El precepto 1375 en su primera alínea indica la obligación principal de garantía: la obligación del transferente de defender la cosa frente a la pretensión del tercero. Si no realiza esa defensa o ella resulta improba, surge la obligación subsidiaria que contempla el artículo 1374.

En caso de transferencias sucesivas, el último adquirente que sufre la pretensión del tercero, puede dirigirse directamente contra el transferente primero.

La acción de garantía se transmite con cada una de las transferencias.

La obligación de hacer citar al enajenante es indispensable, según reza el segundo acápite del art. 1375, para que él mismo pueda combatir la pretensión incoada por el tercero. A tenor de dicho artículo, la citación deberá hacerse al entablar el tercero su demanda. No es necesario esforzarse para fundamentar el mandato legal. El enajenante está obligado a salir a la defensa frente a la perturbación del tercero, y no sería ello posible si no se pone tal hecho en su conocimiento. Entonces podrá oponer las excepciones y medios de defensa, como argumentos y pruebas,

que conducentes sean para rechazar la acción incoada. Y con tal citación se apunta a la eventual responsabilidad por saneamiento.

El transferente no sólo debe la garantía al adquirente por la perturbación de tercero; debe también la garantía llamada del hecho personal, o sea que no puede él mismo perturbar al adquirente. Esta prohibición comprende aún a las perturbaciones de hecho. *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. El adquirente puede pues, oponer al transferente (o sus sucesores), la excepción de garantía para hacer cesar la perturbación. De ello descende que si el tercero llega a obtener el reconocimiento de su derecho debido a culpa o hecho del adquirente, el transferente queda eximido de la obligación del saneamiento. De aquí las disposiciones contenidas en los incisos primero y segundo del artículo 1376. Si el adquirente no hizo citar al transferente, él asumió toda la responsabilidad del proceso iniciado por el verdadero *dominus*. El transferente no puede ser responsable, pues, por la resolución recaída en dicho juicio.

En cuanto a lo dispuesto en el segundo inciso del art. 1376 se explica, toda vez que el saneamiento sólo sobreviene cuando hay una decisión judicial. La decisión arbitral no teniendo ese carácter no da lugar a saneamiento. Hay más: en tal caso no tiene el transferente conocimiento de la pretensión del tercero; no puede, de consiguiente, aportar los elementos de defensa para paralizar tal pretensión. El adquirente ha asumido, pues, toda la responsabilidad del resultado del juicio arbitral. En caso de que a éste fuere sometida la causa con consentimiento del enajenante, la razón para la exención de la responsabilidad por saneamiento desaparece: el transferente acepta someterse a las consecuencias del juicio arbitral. El arbitraje es como una transacción y ésta, comportando un abandono de derecho, no puede tener efecto contra quien no fué parte de ella. De lo anterior deriva que no habrá lugar a la responsabilidad cuando se sometió el pleito a transacción por el cesionario sin consentimiento del alienante (Gasca).

En cuanto al inciso tercero del art. 1376, su explicación es

sencilla. "Si el adquiriente sabía que la cosa era ajena, procedió de mala fe, fué cómplice en un acto ilícito; no podrá invocar su dolo para pedir la protección del derecho. Si sabía que la cosa era litigiosa, fué informado del riesgo, no le será sorpresiva la evicción y quedará exonerado el alienante de la responsabilidad por razón de la seguridad de la enajenación". (Bevilaqua): En cuanto a la última parte del inciso que exige que el enajenante ignore sobre el peligro de la evicción, no se explica tal exigencia. Así el enajenante supiera que la cosa era ajena, ello no quita la falta de buena fe con que procedió el adquiriente, y éste consecuentemente no debe tener derecho al saneamiento, pues *malitiis non est indulgendum*. Y así el enajenante supiera que la cosa era litigiosa, ello no afecta en nada la condición que debe tener el defecto en el derecho transmitido, para que dé lugar al saneamiento, cual es que tal defecto no sea conocido por el adquiriente; condición que faltando en el supuesto del inciso tercero del artículo 1376 debe en todo caso hacer imposible que el adquiriente pretenda el saneamiento.

Por lo demás, débese remarcar que tal como está concebido el inciso 3º del art. 1376, nada tiene que ver con la cláusula de renuncia a la garantía por el adquiriente. En este último supuesto funciona el artículo 1373. Ahora sólo se trata del simple hecho de que el adquiriente supiese del carácter litigioso de la cosa, o que era ajena, es decir, del peligro existente de evicción, con ignorancia de tal circunstancia por el enajenante. Pero observando comparativamente ambos preceptos, el 1373 y el inciso 3º del art. 1376, se advierte una incongruencia. En efecto, estando al punto de vista que informa al primero, no basta para que haya lugar a la devolución del precio, que conociese el adquiriente el riesgo de la evicción, sino que es indispensable, además, que se haya sometido expresamente a sus consecuencias; es por razón de la renuncia expresa que no hay lugar a la repetición del precio. En cambio, con referencia al inciso 3º del art. 1376 basta el simple hecho de que conociese el adquiriente del riesgo de la evicción para que no pueda exigir el saneamiento, o sea que no puede pedir la restitución del precio. En el impase entre las dos indicaciones legales, hay que optar por la del artículo 1373, que es más justa. Sólo si se renunció expresamente a la restitución del precio cabe rechazar demanda en tal sentido, producida la evicción. Es un requisito indispensable tal renuncia para

tal consecuencia legal, de acuerdo a lo mandado en el artículo 1376, y aquel tiene que exigirse en todo caso y por lo mismo también en el supuesto del inciso 3º del art. 1376. De tal modo que si no hubo renuncia cabe demandar la restitución del precio, que es el primer efecto del saneamiento enumerado en el art. 1374; pero no serán aplicables los demás efectos indicados en ese artículo.

Art. 1377.—“El precio que el enajenante está obligado a sanear es el que tenga la cosa al perderla el adquirente”.

Referencias: Digesto, lib. 21, tit. 2, ley 66, párrafo 3, ley 70; lib. 19, tit. 1, ley 11, párrafo 18; Código de Francia, art. 1631, 1632, 1633, 1637; Italia, 1489, 1493; España, 1477; Uruguay, 1707; Chile, 1852; Perú, 1422; Argentina, 2127; Brasil, 1115.

La solución contenida en el artículo es discutible. Los aumentos y los deterioros que sobrevengan a la cosa por caso fortuito, vendrán a ser de beneficio o cargo del adquirente, por el aumento o disminución correspondientes en el precio que debe entregarle el transferente. Pero si ha habido evicción, la cosa siendo de propiedad del reivindicante, éste es quien debe beneficiarse por los aumentos o por los deterioros de la cosa. De aquí que la solución que consagran otros códigos es la opuesta a la del artículo 1377, cuando menos en lo que concierne al caso de disminución de valor de la cosa; disponiendo que entonces se restituya el mismo precio pagado, y disponiendo en cambio que cuando la cosa haya aumentado de valor, así sea independientemente de hecho del adquirente, el *tradens* se halla obligado a pagar lo que la cosa vale de más sobre el precio entregado. Lo cierto es que en la relación entre el alienante y el adquirente, por razón del saneamiento, no hay motivo que explique una modificación en cuanto a la cantidad que debe restituirse por el primero al segundo por causa del precio pagado. El precio no puede ser sino el constituido por la cantidad que abonara el segundo al primero. No se vé razón para que esa relación entre ambas partes sea modificable por un hecho de índole fortuita y que sólo debe tener

repercusiones en lo que se refiere al dueño de la cosa, es decir, al eviccionante.

La restitución del mismo precio sin deducción, en el caso de disminución de la cosa en su valor, se apoya en que "la restitución del precio no es debida a título de indemnización, sino ciertamente como restitución de cosa indebidamente percibida; luego, cualquiera que fuera el valor de la cosa vendida en la fecha de la evicción, siempre es cierto que no habiendo transferido el vendedor al adquiriente el dominio de la cosa vendida, el pago del precio hecho por éste queda, sin excusa, y debe ser restituído cuando se ha pagado, sin reducción alguna". (Ricci).

Dentro del régimen del artículo 1377 el alienante se beneficia sin causa alguna, lucra por motivo de un hecho a que es extraña su voluntad (las disminuciones en el valor de la cosa), restituyendo cantidad inferior a la que recibió como precio de la transferencia. Y así esas disminuciones se debieran aún a negligencia del adquiriente, no se descubre razón para que la cantidad a restituir sea inferior a la recibida por el enajenante. El adquiriente no tenía responsabilidad alguna frente al transferente, desde que se ha demostrado que éste no tiene derecho sobre la cosa. La tendrá en todo caso frente al verdadero *dominus*, y este es mayor motivo para que no deba haber deducción en el precio a devolver al transferente.

En caso de pérdida total de la cosa, ¿cómo deberá solucionarse? A tenor del artículo 1377 no hay valor alguno que apreciar, para que sea restituible. Y no es justo que el adquiriente sufra el efecto de tal pérdida, mucho más si es fortuito, en beneficio del transferente, siendo así que si hubo alguna culpa es presumible que haya existido de parte del transferente, enajenando un derecho que no le pertenecía.

Si la cosa ha aumentado de valor por hecho fortuito o dependiente del cesionario, el cedente abona el mayor valor, dentro de lo establecido en el artículo 1377. Indicando el fundamento de disposición de esta clase, dice Ricci que ella "procede de otra obligación impuesta al vendedor en caso de evicción y que consiste en el saneamiento de los daños y perjuicios que son la consecuencia de ella. Si el comprador, en efecto, no hubiese su-

frido la evicción, habría disfrutado el mayor valor de la cosa: luego, habiéndole sido arrebatada por efecto de la evicción, el vendedor está obligado a compensarle de la pérdida sufrida por él”.

A nosotros nos parece artificiosa esta discriminación entre la hipótesis de disminución y la de aumento en el valor de la cosa, para que en la primera el veredicto sea en el sentido de que no se tome en cuenta la disminución (devolviéndose simplemente el precio que fuera pagado al tiempo de la adquisición) y en la segunda se tome en cuenta el aumento, restituyéndose en consecuencia más. La solución debe ser concordante: o hay lugar a repetición del precio sin modificaciones en todo supuesto, o lo que se restituye es el valor de la cosa en el momento de ser reivindicada. No cabe una solución híbrida: para un supuesto una clase de solución, para otro una solución distinta. La cohonestación de Ricci relativa al pago del aumento en el valor sobrevenido en la cosa, no tiene pues consistencia. El saneamiento por daños y perjuicios opera, y así el Código nacional le dedica el artículo 1379; pero es indispensable que exista entonces mala fe de parte del enajenante. Pero ahora en lo que se refiere al art. 1377 relativo a la restitución del precio, se trata de aumentos o disminuciones por caso fortuito.

En resolución, creemos que hubiere sido preferible que se hubiera ordenado que el precio a que se estuviera obligado a sanear fuera el mismo que pagó el adquiriente, con prescindencia de todo aumento o disminución debidos a caso fortuito. Por efecto de la evicción—y estamos en el supuesto de una evicción total—se ha resuelto el contrato; por consecuencia, debe restituirse precisamente aquello que se prestó, esto es el precio pagado.

Y ahora preguntémonos: qué pasará si la cosa ha perecido completamente por caso fortuito. ¿Qué precio se va a devolver, a tenor del art. 1377? Ninguno. Es físicamente imposible proceder a valuación alguna. Pero esto es absurdo, pues la cantidad pagada por el adquiriente no tiene por qué quedar en manos del enajenante. Falta causa para ello: *qui quasi suam rem neglessit*,

nulli querelae subiectus est. Sólo cabría invocar dentro de nuestra legislación el artículo 1149, sobre enriquecimiento indebido.

Art. 1378.—“Las mejoras no abonadas por el reivindicante al que sufrió la evicción, le serán pagadas por el enajenante”.

Referencias: Código, lib. 8, tit. 45, ley 9, in fine; Código francés, art. 1634 y 1635; italiano, 1488, 1490 y 1491; boliviano, 1050; portugués, 1047; chileno, 1849; brasileiro, 1111, 1112 y 1113; mejicano, 2133; peruano, 1424; argentino, 2120; uruguayo, 1707, 2.ª parte; suizo, 195; turco, 192.

El precepto habla de mejoras sin hacer distinción alguna, o sea que se comprenderá tanto las necesarias y útiles como las voluptuarias; lo que, por lo demás, se confirma considerando que el artículo tiene su fuente en el 1424 del Código derogado, que prescribía que se pagarían “todas las mejoras, sin exceptuar ni las de recreo”.

El pago de las mejoras necesarias y las útiles es justificable, porque el que adquirió la cosa devino su poseedor, y en tal carácter puede exigir el abono de la misma. Por el contrario, tratándose de las mejoras voluptuarias no deben ser pagadas por el transferente salvo caso de mala fe del mismo, por incidencia del art. 1379.

Por otra parte, para que las mejoras sean abonables se requiere buena fe en el adquirente, por inferencia de las reglas establecidas relativamente a la posesión. Consecuentemente, después de notificado el adquirente de la demanda de reivindicación las mejoras que efectuasen no le serán abonables.

El artículo 1113 del Código brasileiro incluye una previsión atendible, al disponer que si las mejoras son abonadas al adquirente, habiendo sido efectuadas por el alienante, su valor será descontado de la restitución de precio debida por el último en favor del primero.

Art. 1379.—“El que con mala fe ha enajenado cosa ajena, está obligado además a pagar al adquiriente los daños y perjuicios”.

Referencias: Código italiano, art. 1486, inc. 4.º; francés, 1630, inc. 4.º; portugués, 1048, inc. 2.º; argentino, 2123; suizo, 195; turco, 192; japonés, 563; peruano, 1424; mejicano, 2127; polaco, 317; español, 1478, inc. 5.º; holandés, 1532, inc. 4.º; chileno, 1853.

La disposición disiente de la que consagran otros Códigos, para los cuales la indemnización de daños y perjuicios se debe independientemente de la buena o mala fe del transferente. “En cuanto al vendedor, importa poco que actúe o nó de buena fé; a lo menos su buena fé no bastaría para sustraerle a la obligación de pagar daños y perjuicios; ella tiene solamente por resultado el conducir a algunas atenuaciones en cuanto a su evaluación”. (Baudry Lecantinerie et Saignat). Y en efecto, el resarcimiento de daños hay que mirarlo como una consecuencia del incumplimiento del contrato, que sobreviene con el hecho de sufrir la evicción el adquiriente. De tal resarcimiento de daños y perjuicios sólo cabe exoneración si el incumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor. Esto no tiene lugar en el supuesto que ahora se contempla. Hay una falta previa o implícita de parte del enajenante. El adquiriente se vé privado del bien por consecuencia de esa culpa del transferente, que alienó una cosa a la que no tenía derecho, sabiendo esta circunstancia (dolo), o ignorándolo pero procediendo entonces sin la debida diligencia (culpa), pues antes debió cerciorarse de la existencia legítima de su derecho que cedía. Así que si el enajenante creía de buena fe que la cosa era suya, esta circunstancia no es excusa suficiente para irresponsabilizarle por daños y perjuicios, ya que si no procedió con dolo, si está incurso en culpa.

En cuanto a la mala fé del adquiriente —habiendo buena fé en el transferente— hay que reparar en lo indicado en el inciso 3º del artículo 1376. En tal hipótesis no hay lugar a saneamiento. Luego, menos existirá obligación por daños y perjuicios. En tal sentido la doctrina considera que sólo cabe exigir pago de daños y perjuicios por el adquiriente cuando ha procedido de buena fé, y el artículo 1599 del *Code Civil* indica que hay lugar

a tal pago "cuando el comprador ha ignorado que la cosa era de otro".

Pero puede ocurrir que asista mala fe tanto al *tradens* como al adquiriente. El problema entonces se complica, pues no aparece inequívocamente resuelto dentro del Código. A tenor del número 1379 débese por el enajenante daños y perjuicios sin hablarse de buena o mala fe de parte del adquiriente.

En cuanto al caso de buena fe de ambos contratantes, el saneamiento se concreta a la restitución de precio y demás indicaciones del artículo 1374; no habiendo lugar a cobro de daños y perjuicios, según resulta del texto del art. 1379, que exige mala fe en el transferente.

Art. 1380.—"El adquiriente puede pedir la rescisión del contrato, en lugar del saneamiento, si sólo hubiese perdido una parte de la cosa, si esta parte es de tal importancia con respecto al todo, que sin ella no la habría adquirido".

Referencias: Digesto, lib. 21, tit. 2, fr. 1, 13, 15, 70, in fine; Código francés, art. 1636 y 1637; italiano, 1480 (1492, 1493); portugués, 1049; español, 1479; argentino, 2125 y 2127; uruguayo, 1710; brasileiro, 1114 y 1115; venezolano, 1555 y 1556; boliviano, 1052 y 1053; mejicano, 2134; chileno, 1852; suizo, 196; polaco, 315; japonés, 563; peruano, 1425.

Dice Guillouard que la regla —que se consagra en el número 1380— es muy racional, toda vez que el comprador ha tenido en consideración la cosa en total para adquirirla, de modo que si una parte importante de ella le es sustraída, de suerte que la cosa no puede servir para la destinación que se proponía el adquiriente, no es posible que contra su voluntad se mantenga el contrato. De aquí que pueda pedir la rescisión del mismo.

No basta, empero, que una parte cualquiera de la cosa venga a perderla el adquiriente por efecto de la evicción, para que proceda dicha acción rescisoria, sino que es necesario que esa parte tenga una importancia relativa con respecto al todo, de manera que sin ella no se hubiese adquirido la cosa. Esta última circunstancia es una de hecho, que el juez apreciará en cada ca-

so. Y es que como se trata de dejar sin efecto un contrato ya consumado, ello no puede concederse dejándose la determinación para que proceda el adquiriente *ad nutum*.

La evicción parcial, que contempla el artículo 1380, puede presentarse de varias maneras. Así, si el adquiriente es privado de una parte de la cosa o de uno de sus accesorios que tenga para él importancia notable; si se adquirieron varias cosas constituyendo un solo todo y fuera privado de una de ellas; si resulta no existir una servidumbre activa en favor del inmueble o si éste resulta gravado con una servidumbre pasiva. Este último caso es tratado en el art. 1341.

Si el adquiriente opta por el saneamiento, en vez de la rescisión, ¿cómo se computa aquél? El Código olvida decirlo. El transferente pagará el valor de la parte en que recayó la evicción; apreciándose el valor que la cosa tenía al tiempo de la evicción (artículo 1377). Pagará asimismo las costas a que se contrae el inciso 2º del artículo 1374. En cuanto a la restitución de frutos, quedará obligado por tal causa si el adquiriente fué condenado a entregarlos al reivindicante. No estará sujeto a pagar los gastos del contrato, desde que éste no se rescinde y surte sus efectos, así sea parcialmente. Habrá lugar a indemnización por daños y perjuicios en caso de mala fé del cedente (art. 1379).

Art. 1381.—“Si por razón de saneamiento estuviere obligado el enajenante a pagar una cantidad que pase de la mitad del precio que recibió, podrá rescindir el contrato, satisfaciendo el precio que tenga la cosa al tiempo de la rescisión, los gastos del contrato y los perjuicios”.

Este artículo, reproducción del 1428 del Código derogado, no tiene concordancia con otras legislaciones. Y en verdad no se alcanza a descubrir por qué se prefiera la rescisión del contrato a su mantenimiento con indemnización proporcionada por la pérdida, contra lo que los principios aconsejan sobre el particular. En el caso del artículo, la facultad de optar por la rescisión, correspondiendo al enajenante favorece a éste; lo que no es lógico, pues si se ha de presumir alguna falta en el contrato ella corres-

ponderá a dicho enajenante ya que es de suponer que como dueño de la cosa conocía o debía conocer el peligro de la evicción.

Por lo demás, en la aplicación del artículo de que ahora nos ocupamos no interviene para nada una destrucción de parte del bien. Se trata simplemente de una evicción parcial, Ticio vende por 100 un predio a Cayo, y Sempronio reivindica parte de él, más de la mitad del mismo; de modo que 60 de su valor pasa a poder de dicho Sempronio, quedando Cayo con solo 40. De acuerdo con la regla general (art. 1380), en caso de evicción parcial corresponde al adquiriente entablar bien la acción por saneamiento, bien la rescisoria; si opta por la primera, reteniendo la parte del inmueble no reivindicada, podría Cayo exigir 60 de Ticio. Pero el artículo 1381 concede la facultad al enajenante, a Ticio, para imponer la rescisión, derogando la regla del art. 1380. El resto de la cosa no reivindicada volverá a poder de Ticio y éste pagará íntegramente el precio recibido, o sea los 100 pagados por Cayo. Basta, para que pueda acogerse el enajenante a la indicación del número 1381, con que la reivindicación sea por más de la mitad del valor de la cosa; si es por menor valor, la opción corresponde al adquiriente, restableciéndose en su imperio al precepto 1380.

Como es advertible, hay cierta incongruencia entre lo ordenado en el artículo 1380 y el 1381. El primero deja a la determinación del cesionario optar por la rescisión, si él considera que la parte del bien que se perdió por la reivindicación del tercero es de tal importancia con respecto al todo, que sin ella no lo habría adquirido. El segundo de dichos artículos transporta la facultad de que se opte por la rescisión al enajenante, cuando la parte reivindicada representa más de la mitad del precio. Ahora bien, supóngase, conforme al ejemplo antes propuesto, que Sempronio reivindicó del bien comprado en 100 una parte representativa de 60. Ticio, el vendedor, puede obtener la rescisión total. Pero es dable que esa parte reivindicada por Sempronio no sea de importancia capital para Cayo, el comprador, sino la otra parte, aunque representa valor menor, el valor de 40. Se le impone una consecuencia contra la premisa sentada previamente en el artículo 1380, de que hay que apreciar si la parte eviccionada es para él, para el adquiriente, de importancia o no, de modo que si lo es puede por tal razón mantener el contrato en cuanto a la parte del bien no reivindicado, exigiendo el sa-

neamiento sobre la otra parte que evicción el tercero.

La anterior inconsecuencia a que se llega conjugando ambos preceptos, el 1380 y el 1381, y la circunstancia que el último esté huérfano de toda concordancia con precepto alguno de legislaciones extranjeras, persuaden de que la prescripción instituida en el numeral 1381 no es acertada.

No cabe, frente a su existencia, sino considerar que la regla del art. 1380 deba entenderse mecánicamente, es decir, que habrá de juzgarse que la rescisión a que él se contrae únicamente tiene procedencia cuando la parte de la cosa evicciónada representa más de la mitad de ella, sin atender a una apreciación subjetiva referente a cuál sea el criterio del adquiriente sobre la importancia de esa parte evicciónada.

En todo caso, es evidente que la facultad que se concede en el artículo 1381 supone buena fe de parte del transferente.

El precio que deba satisfacerse es el que tenga la cosa al tiempo de la rescisión. Esta indicación del número 1381 guarda concordancia con lo ordenado en el artículo 1377. Sólo que aquí se echa de ver la dificultad consistente en que para decidir si procede la rescisión por determinación del enajenante ha de computarse el precio pagado por la cosa, y para determinar lo que ha de restituir dicho enajenante se ha de calcular el valor que la cosa haya llegado a tener al procederse a la rescisión.

El artículo 1381 habla de los gastos del contrato; pero no hay razón para que el enajenante no pague también los impuestos que se satisfizo por razón del mismo (como ocurre con el saneamiento: inciso 4º del artículo 1374). Igualmente debió decirse que se pagarán los frutos si fué condenado el adquiriente a devolverlos con la parte de la cosa reivindicada (inciso 2º del artículo 1374). En fin, el artículo 1381 habla de la indemnización de perjuicios. Entendemos que debe vincularse esta obligación a la mala fe del enajenante, conforme a la condición establecida en el artículo 1378. En general, por el argumento de analogía legal todas las reglas del saneamiento en caso de evicción total se tendrán que aplicar para el caso del artículo 1381, que es solo un caso de evicción parcial.

Art. 1382.—“En las ventas forzadas hechas por la autoridad judi-

cial, el vendedor no está obligado sino a restituir el precio que produjo la venta".

Referencias: Código español, 1489; argentino, art. 2122; chileno, 1851; mejicano, 2141; uruguayo, 1711; brasileiro, 1106.

Se está casi unánimemente de acuerdo en que en las ventas forzadas hechas judicialmente, se debe la garantía por evicción. Pero, ¿quién debe la garantía?, Ticio es deudor de Cayo, su ejecutante. Este pide y obtiene el remate del bien de su deudor, Ticio, y también se adjudica a Sempronio. Pero ocurre que ese bien es reivindicado por Livio. ¿Qué derecho tiene Sempronio? ¿Contra quién puede dirigirse? Puede dirigirse contra el deudor, contra el ejecutado, contra Ticio. El acreedor ejecutante, Cayo, no responde. Esto ya parece ordenado en la ley I del Código: *Credit. evict. pign. non deb.* Es que si se tratase de una venta voluntaria entre Ticio y Sempronio aquél, el vendedor, respondería por causa de la evicción. En el caso de venta forzada, el deudor ejecutado asume en buena cuenta el rol de vendedor y el adjudicatario el de comprador. "El ejecutante —escribe Llerena— en ningún caso está obligado a devolver el precio en razón de evicción. Otro caso muy distinto es el de embargo y venta de bienes bajo la responsabilidad del ejecutante, en cuyo caso las leyes de Procedimientos y el Código Civil al hablar de la responsabilidad por los hechos ilícitos determina esta responsabilidad independientemente de las reglas que rigen la responsabilidad por evicción. El adquirente no puede exigir la restitución del precio pagado del acreedor ejecutante, aún cuando el ejecutado o enajenante sea insolvente. La ley habla de restitución del vendedor, y el ejecutante no es vendedor, por más que él haya provocado con su ejecución, la venta; esto es una gran cuestión entre los jurisconsultos franceses, por no haber decidido el Código francés esta parte de un modo claro, como lo ha hecho el nuestro".

Pero el ejecutado queda sujeto sólo a una responsabilidad limitada; la de restituir únicamente el precio por el cual adquirió la cosa el adjudicatario. Esto quiere decir que se deroga aquí la regla del artículo 1377, que indica que el saneamiento es por el valor de la cosa al tiempo de ser reivindicada. No debe el ejecutado sino esa restitución, la del precio pagado por el adjudica-

tario "porque —como anota Machado en relación al artículo 2122 del Código argentino— no debe hacerse responsable del daño causado por un hecho que no ha realizado, desde que la escritura se hace judicialmente, y el ejecutado no está obligado en estos casos a manifestar ni los peligros de la evicción haciendo desmerecer el valor de la cosa ni ningún otro defecto. La justicia, apoderándose de la cosa, la ha vendido; y el dueño no debe responder sino del precio recibido".

Independientemente de lo indicado en el número 1382, no hay ninguna razón para que no proceda la restitución de frutos y el pago de las costas del juicio de saneamiento (art. 1374 inciso 2° y 3°).

Con respecto al mandato del artículo 1382, hay que insistir (recordando lo que dijimos al tratar sobre la segunda parte del artículo 1359), que la no concesión del derecho de garantía únicamente tiene lugar en las "ventas forzadas"; no aplicándose a las otras ventas también judiciales, pero que no se producen por acción del acreedor que obtiene el remate del bien de su deudor.

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.

(Continuará).
