

Teoría General de los Contratos

LOS CONTRATOS (*)

Sección Primera

DISPOSICIONES GENERALES

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático Principal

CAPITULO XII

PROMESA DE HECHO QUE EJECUTARA UN TERCERO

Sin embargo, podemos figurarnos que alguien se compromete con una persona a obtener de otra un acto o un hecho determinado.

La promesa es evidentemente una obligación de hacer. Si el hecho o el acto prometido no es ejecutado por la persona es obvio que el que se comprometió está obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

Muchas son las cosas o los actos que se pueden prometer. Así, se promete que un extraño cumplirá una obligación futura o una ya existente, o que celebrará un contrato determinado, o que ejecutará una obra, o que pagará una suma de dinero.

Para que se configure la obligación en el prometiende se requiere que éste se comprometa seriamente a obtener la ejecución del hecho. No será suficiente que sólo se ofrezcan las influencias que se tienen para conseguir la ejecución del acto.

Ejemplo: *X* se obliga para con *Z*, a quien promete que *M* le venderá un inmueble que se designa, por un precio deter-

(*) Los capítulos anteriores fueron publicados en esta Revista, Año XXIX, 1965.

minado, dentro de un término que también se especifica. Si *M* no cumple con vender a *Z*, es incuestionable que *X* le deberá a éste la indemnización de daños y perjuicios.

Corresponde al prometiente gestionar que el tercero acepte; si rehusara es incuestionable que el prometiente deberá satisfacer los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiere producido en el acreedor de la prestación; pero si acepta, el tercero queda liberado completamente.

El prometiente se libera si el tercero ratifica la convención, a no ser que el prometiente hubiere asumido la obligación de obtener la ejecución total de lo convenido (57)

PLANIOL-RIPERT y Esmein (58), comentando el art. 1119 del cód. de Napoleón, expresan que en nombre propio sólo se puede prometer por uno mismo; que si un contratante promete un hecho ajeno, su obligación se encuentra viciada de ineficacia absoluta, ya que a nada quedó obligado personalmente y nada prometió el tercero, ni directamente, ni mediante un representante que actuara en su nombre. Pero advierten que el alcance práctico de la regla se encuentra considerablemente reducido, casi anulado, por la institución de la promesa de ratificación del tercero que el cód. francés contiene en su art. 1120.

La obligación del prometiente no es la de un fiador; éste asume una obligación accesoria frente a una obligación que existe. El prometiente sólo se obliga a que el tercero acepte la obligación, que aún no existe. Si bien es cierto que se puede ser prometiente y después fiador de la obligación que asume el tercero, se trata de dos obligaciones diferentes que se concentran en la misma persona.

Mientras el tercero no acepta la obligación es extraño al contrato.

El prometiente además de tal puede resultar fiador, si no sólo prometió el hecho del tercero, sino que éste ejecutara integramente ese hecho.

Sin embargo, quien promete el hecho de tercero si bien no garantiza la obligación misma de éste, que aún no ha nacido, garantiza que el tercero habrá de obligarse. Por lo mismo, en el supuesto de que el tercero no se obligue, el prometiente no puede ser constreñido a realizar personalmente la prestación,

(57) BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, I. Nº 132, p. 175 ss.; AUBRY et RAU, IV, § 343 ter., p. 306 ss., éd. 1871.

(58) VI, Nº 48, p. 67.

pero sí deberá resarcir el *id quod interest* al acreedor de la promesa.

CAPITULO XIII

CONCLUSION DEL CONTRATO

46.—*Concepto previo.*— De la conclusión del contrato se legisla en el art. 1344. La doctrina que proclama no admite distinciones ni excepciones:

“Mientras las partes no están conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluído. La inteligencia sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se halla consignado por escrito”.

La fuente de esta fórmula es el § 154 del cód. civ. de Alemania que preceptúa:

“Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, acerca de los cuales debe recaer acuerdo común o de una sola parte, no se considerará concluído, si surgiere alguna duda. La inteligencia en puntos aislados no producirá obligación aunque se haya consignado por escrito”.

“Si se ha convenido redactar el contrato proyectado, en caso de duda, no se considerará concluído hasta que se haya extendido el acta”.

47.—*Derecho Comparado.*— La solución que da nuestro cód. para estimar que un contrato ha sido definitivamente concluído no es uniformemente seguida en los cód. modernos.

Contiene una doctrina diametralmente opuesta el art. 2 del cód. suizo de las obligaciones:

“*Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés*”.

“*A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.*”

“*Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats*”.

Para la cabal interpretación de esta norma consúltese a SCHENEIDER ET FICK (59).

(59) I, p. 31.

48.—*Cuál es la mejor doctrina.*— Teniendo en cuenta las características de nuestro derecho y el medio jurídico, es incuestionable que la solución del derecho germano es la más adecuada. Esto mismo hace notar CORNEJO Angel Gustavo (69).

Por su parte, OLAECHEA (61) decía que la Comisión Reformadora del cód. había aceptado la fórmula del cód. alemán porque da mayor seguridad a las estipulaciones, porque suprime una serie de dificultades prácticas; y porque es muy difícil distinguir en el hecho lo esencial de lo accidental. La exposición de motivos del cód. nada dice sobre la inclusión de esta regla.

Para LEÓN BARANDIARÁN (62), el art. 1344 del cód. no debe entenderse con el carácter absoluto que se deduciría de sus términos; que es necesario que la carencia de acuerdo verse sobre un punto que sea esencial por sí mismo o según el concepto de las partes, para que no exista contrato. No parece evidentemente ser ésta la doctrina del cód.; el ilustre Profesor LEÓN está demasiado influenciado por el derecho alemán en cuyo cód. civ. su § 154 no se encuentra aislado como el art. 1344 del nuestro, sino que ha sido complementado por el § 155, que dispone que si en un contrato que las partes consideran como concluido, no están de acuerdo en un punto sobre el cual debían haberse entendido, lo convenido es válido, si debe estimarse que el contrato habría sido concluido aun sin haberse llegado a acuerdo sobre tal punto. He aquí por qué en el derecho germano puede interpretarse el § 154 de su cód. en el sentido que enuncia para nuestro art. 1344 el autor peruano mencionado.

Debe concluirse expresando que en caso de duda, debe estimarse por el juez, que el contrato no está concluido.

Podría también agregarse un fallo que prácticamente aplica el precepto cuya exégesis estamos haciendo, no obstante no contenerlo el cód. civ. abrogado. Es la sent. de 27 de junio de 1925 (62 bis), que considera que no existe contrato de permuta, sino un proyecto de contrato, si se conviene en celebrar permuta estimada y no llega a fijarse el precio de las cosas que deberán cambiarse.

Sobre esta cuestión existen dos resoluciones judiciales, dictadas con anterioridad al nuevo cód. civ.:

(60) II, II, Nº 40, p. 100.

(61) Copias mimeografiadas, p. 130.

(62) III, p. 102.

(62 bis) En "El Diario Judicial", de 2 de julio de 1925.

En tanto no exista acuerdo entre las partes sobre todos los extremos del contrato, no habrá de considerarse éste concluído, dice la sent. de 18 de julio de 1932 (62 ter). En realidad, tratábase de un contrato de locación-conducción cuyo término debería comenzar a computarse no desde la fecha que se había fijado inicialmente, sino desde que se extendiese la escritura pública que definiese ciertos puntos que interesaban al propietario y la cual era y debía considerarse como requisito esencial para que funcionara la locación; que esta estipulación posterior debería considerarse que prevalecía sobre la primera, pero como esa escritura pública no se había perfeccionado, el arrendamiento que se había celebrado quedaba de hecho, con arreglo a ley, en la situación de los contratos de arriendo de duración indeterminada.

En cambio, la sent. de 20 de marzo de 1925 (62 quater) declara que se reputa concluído el contrato por el mutuo acuerdo de las partes en las cláusulas esenciales, que determinan su naturaleza. Se trataba del cumplimiento de una promesa celebrada por escritura pública, en la que el prometiente se había obligado a proporcionar toda su carga a cierta empresa de transportes; que esa obligación no sería indefinida, sino sujeta a un término máximo y que ese término podía ser objeto de reducción en lo posterior, lo que no se hizo, por lo que el prometiente consideraba que no se encontraba ligado a la promesa. Los jueces consideraron que éste era un punto secundario.

Conviene advertir que si una de las partes objetara la validez del contrato por no haberse producido el consentimiento sobre todos sus extremos, puede la otra demandar la indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, si es que el contratante ha cometido un acto (hecho) ilícito.

No existe en nuestro cód. civ. norma aplicable para derivar esta responsabilidad, a no ser la regla general del art. 1136.

Por el contrario, el § 307 del BGB declara:

“El que al tiempo de la conclusión de un contrato cuyo objeto sea una prestación imposible, conozca o deba conocer la imposibilidad de la prestación, estará obligado a la reparación del daño sufrido por la otra parte por haber confiado en la validez del contrato. La obligación de reparar este perjuicio no tendrá

(62 ter) “R. de los T.”, 1932, p. 221.

(62 quater) “A. J.”, 1925, p. 13.

efecto si la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad”.

“Estas disposiciones serán también aplicables cuando la prestación sólo sea imposible en parte y el contrato sea válido respecto de la parte posible, o cuando una de varias prestaciones prometidas alternativamente sea imposible”.

Se observa que esta disposición sólo trata de prestaciones imposibles. Sin embargo, cubriría el supuesto de que no existiera conformidad sobre todos los extremos del contrato, porque uno de esos extremos contendría una obligación imposible.

El § 154 del cód. alemán ya reproducido, tiene una atenuación en el § 155, que dice:

“Si en el contrato que las partes consideren concluído no se han puesto en realidad de acuerdo en un punto sobre el que deba haber inteligencia, será válido lo convenido, si debe admitirse que el contrato habría sido concluído aún sin haber decidido este punto”.

Nosotros no la tenemos en nuestra legislación, pero es evidente que el juzgador deberá tener en cuenta si la estipulación omitida no hubiera impedido el perfeccionamiento del contrato.

Como se verá en seguida, en otros derechos puede exigirse indemnización por daños si el contrato no quedó perfeccionado, por culpa o dolo del contratante demandado.

En el cód. civ. italiano la responsabilidad pre-contractual está regulada en los siguientes preceptos:

1337. “Negociaciones y responsabilidad precontractual.— Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe”.

1338. “Conocimiento de las causas de invalidez.— La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia de ello a la otra parte será obligada a resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”.

Asimismo, el cód. italiano se ocupa de los daños que se causan por el solicitante que revoca la oferta. Dice el 1er. párrafo del 1328:

“La propuesta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluído. Sin embargo, si el aceptante hubiera emprendido de buena fe su ejecución antes de tener noticia de la revo-

cación, el proponente estará obligado a indemnizarlo de los gastos y pérdidas sufridas por el comienzo de ejecución del contrato”.

CAPITULO XIV

ESTIPULACIONES EN FAVOR DE TERCERO

49.—*Noción.*— Existirá estipulación en favor de tercero cuando una persona contrata con otra cierta ventaja o beneficio a favor de una tercera persona, la cual no interviene en el contrato.

Estipulaciones de este género no eran admitidas dentro del Derecho Romano, ya que se consideraban *res inter alios*. Sin embargo, el cód. de Napoleón y otros códigos clásicos las disciplinaron y la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de darles mayor amplitud. En los códigos modernos ya las estipulaciones aparecen firmemente reguladas.

50.—*Naturaleza jurídica de la estipulación en favor de tercero.*— Son varios los sistemas ideados con el propósito de explicar la naturaleza jurídica de esta figura.

Para unos autores, la estipulación en favor de tercero es una oferta que, al ser aceptada por el beneficiario, lo transforma a éste en acreedor; otros consideran que se trata de una gestión de negocios; y otros, en fin, opinan que es una declaración unilateral de voluntad.

Esta institución constituye lo anormal dentro del efecto propio de los contratos, desde que éstos sólo producen efecto entre las partes contratantes y en ella se trata del beneficio que recibe un extraño al contrato. El extraño no es ni siquiera un causa-habiente de uno de los que intervino en el contrato.

La estipulación en favor de terceros es un contrato en virtud del cual un tercero, con arreglo a la intención expresa de los contratantes, adquiere inmediatamente un derecho propio e independiente.

Autores como AUBRY et RAU (63) y DEMOLOMBE (64) consideran que la muerte del estipulante cuando todavía no hu-

(63) IV, § 343 ter. tex. y n. 27 de la p. 453;

(64) XX, Donations, III, Nº 94, p. 87.

biere el beneficiario aceptado, no importa la extinción de la estipulación, sino que ella puede ser derogada a solicitud de los herederos de dicho estipulante. Agregan que muerto el beneficiario, la estipulación puede ser aceptada por los herederos del mismo.

El tercero lo que adquiere es un derecho de crédito cierto y determinado; y su causa reside en la prestación patrimonial que el estipulante hizo al prometiende, lo cual obligó a éste a efectuar una contraprestación a favor del beneficiario.

Con la estipulación en favor de tercero se aniquila el estrecho principio de la personalidad del contrato.

Dentro de este instituto se encuentran los seguros de vida y de accidentes de trabajo, los contratos de utilidad pública, la cesión de deudas, las promesas de fundación.

Con la estipulación la moral social ingresa enérgicamente en el campo jurídico.

Ahora es insostenible la opinión que mantenían los romanos de que las obligaciones sólo se pueden contraer por un interés material. El interés en el derecho no sólo es lucro; los contratos a título gratuito no importan lucro y no por eso dejan de ser verdaderos contratos dice CARVALHO DE MENDONCA (65).

Para COLIN y CAPITANT (66) se trata en la estipulación de un contrato entre el estipulante y el prometiende en que el primero impone al segundo una obligación para con un tercero llamado beneficiario.

Lo usual es que la estipulación entrañe un acto de liberalidad, que no está sujeto a las reglas de forma de las donaciones, ni puede tampoco ser enervado porque el donante se excedió en su facultad de donar (art. 1469 cód. civ.), o por sobrevenir hijo al donante (art. 1477 cód. civ.), o por ser el beneficiario indigno o haber incurrido en alguna causal de desheredación (art. 1480 cód. civ.). El estipulante puede, si se ha reservado el derecho, sustituir al beneficiario; y así ocurre en el contrato de seguro de vida.

Asimismo, respecto a este contrato el art. 419 del cód. de com. preceptúa que "las cantidades que el asegurador deba entregar a la persona asegurada, en cumplimiento del contrato, serán propiedad de ésta, aún contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquiera clase del que hu-

(65) II, Nº 679, p. 354.

(66) III, p. 721, ed. castellana, año 1943.

biere hecho el seguro a favor de aquella", o sea que el montante del seguro, aunque se tratase de la única suma que deja el causante a su muerte, no puede ser reclamada por los herederos forzosos en la parte que atenta contra sus legítimas. Lo mismo ocurre con los auxilios mutuales en que los beneficiarios de los mismos no son herederos forzosos sino extraños.

También la quiebra del asegurado, dispone el art. 420 del cód. de com., no anula ni rescinde el contrato de seguro sobre la vida, pero que el síndico podría pedir su reducción o liquidación en los términos establecidos en la póliza. Esto se entiende si las primas las paga el propio quebrado, pero no un extraño.

Si el beneficiario de un seguro de vida es casado, la indemnización que reciba al producirse el riesgo es un bien propio, debiendo deducirse las primas que hubiere pagado la sociedad conyugal (art. 177 inc. 4º cód. civ.).

Pueden también configurarse estipulaciones en favor de tercero en las que éste tiene derecho al beneficio por razón de una contraprestación que hiciera o deba hacer el estipulante.

Se confunde a la estipulación en favor de tercero con la delegación, pero existen estas diferencias sustanciales:

a) El beneficiario se convierte en acreedor desde el instante mismo de la estipulación. Por el contrario, el delegatario será acreedor después de ultimada la delegación y sólo cuando acepte que el delegado se obligue para con él en lugar del delegante;

b) El prometiende puede oponer al tercero beneficiario las excepciones que pudiera hacer valer contra el estipulante y que nazcan del mismo contrato. En cambio, el delegado no puede oponer al delegatario las excepciones que pudiera hacer valer contra el delegante.

Puede configurarse la estipulación a favor de tercero como una cláusula penal dentro de un contrato, por la que se otorgará determinada ventaja a un extraño si una de las partes no cumpliera con la prestación que le concierne.

El estipulante puede designar como beneficiarios a personas indeterminadas, pero determinables en su día y aunque todavía no existan.

La persona indeterminada no es siempre persona futura. Sin embargo, tratándose de la institución de heredero o de legatario, aunque no estamos dentro del instituto de la estipulación en favor de tercero, manda el art. 686 cód. civ., que "la institución

de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, y sólo puede hacerse en testamento". Se trata, sin embargo, de herederos que lo son por voluntad del testador, porque pueden haber herederos aún no nacidos que recibirán el patrimonio del *de cuius* en concurrencia o en lugar de otros (art. 1º cód. civ.); a estos últimos les corresponderá cerciorarse del hecho del nacimiento haciendo uso del derecho que les franquea el art. 2º del mismo cód. civ.

El derecho del beneficiario no se origina en la voluntad del prometiende, o en la del estipulante, aisladamente. Los tres elementos personales están fuertemente ligados en esta relación jurídica.

El derecho del beneficiario nace directa e inmediatamente del contrato entre estipulante y prometiende (67).

El prometiende puede deducir contra la acción del cobro del beneficiario todos los medios de defensa o excepciones que emerjan del contrato mismo de estipulación, o la falta de cumplimiento de la obligación del estipulante. Así, en los seguros de vida la compañía prometiende opone al asegurado la alegación de que las primas cuyo pago era indispensable para mantener vigente el seguro no fueron pagadas en los plazos señalados por el estipulante. Pero el prometiende no puede hacer valer contra el beneficiario las excepciones que tuviera contra el estipulante que no deriven del contrato mismo. Por el contrario, el delegado no puede alegar como defensa para detener la acción del delegatario que el delegante no cumplió la prestación que dio motivo a que se obligara para con el delegatario.

El prometiende puede oponerle entonces al beneficiario todas las excepciones que podría oponer al estipulante, en el supuesto que sea el beneficiario quien exija el cumplimiento de la prestación que le concede la estipulación; así, puede oponerle la *exceptio non adimpleti contractus* si el estipulante no cumplió con las prestaciones que le correspondían. V. g., si en el contrato de seguro quien tomó éste para su cónyuge no cumplió con pagar las primas. Sin embargo, el prometiende no puede oponer al beneficiario la compensación que podría hacer va-

(67) GIORGI, III, Nº 421, p. 439, quien preconiza que deberá interpretarse el contrato conforme a la índole del negocio y a la costumbre; por ejemplo, en el seguro de vida el derecho del beneficiario nace con la muerte del estipulante; BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, I, Nº 160, p. 207 ss., examinan las acciones de que goza el tercero contra el prometiende; LAROMBIERE, I, art. 1121, Nº 9, p. 124, exige la aceptación del beneficiario para que éste goce de un derecho irrevocable.

ler contra el estipulante; y ello obedece a que una vez concluído el contrato de estipulación el derecho del tercero subsiste en forma independiente. Así lo establece el § 330 del cód. civ. alemán: "Podrá estipularse por contrato una prestación en favor de tercero de modo que este último adquiera inmediatamente el derecho de exigir la prestación.

"A falta de disposición particular, deberá investigarse según las circunstancias, especialmente según el fin del contrato, si el tercero debe adquirir el derecho, si éste debe nacer inmediatamente o sólo bajo ciertas condiciones, y si debe reservarse a los contratantes la facultad de suprimir o cambiar el derecho del tercero sin su consentimiento".

El beneficiario, dice GIORGI (68), puede pedir la rescisión de la estipulación y ello redundará en favor de dicho beneficiario y del estipulante.

El tercero beneficiario puede hacer valer las hipotecas y otras seguridades establecidas para garantizar el cumplimiento de la estipulación.

Sin embargo, el beneficiario no puede ejercitar la condición resolutoria si el promitente incumple la prestación, desde que no podría pedir la restitución de lo que el estipulante hubiere entregado al promitente; nada ha salido del patrimonio del beneficiario.

No prevé el cód. la hipótesis de que el tercero rechace la estipulación. Podría haberse dispuesto que en caso de rechazo el estipulante puede exigir la prestación, cuando así resulte del fin contemplado en el contrato.

En el cód. civ. alemán (BGB) se legisla lo que dicho cód. denomina "Promesa de prestación en favor de tercero", en un título que comprende ocho preceptos: §§ 328 a 335 inclusive.

HEDEMANN J. W. (68 bis) llama a la estipulación en favor de tercero con el nombre de "contrato a favor de tercero". Hace notar que en todo contrato están frente a frente el acreedor y el deudor, pero que en éste aparece un tercero a quien le debe ser hecha la prestación.

A quien debe la obligación le llama "promitente"; "promisario" titula a quien impone el cumplimiento de la prestación;

(68) III, Nº 421, p. 439.

Niegan esta acción, AUBRY et RAU, IV, § 343 ter, tex y n. 30 de la p. 455; agregan que no puede pedir la resolución; y DEMOLOMBE, XXIV, I, Nº 256 ss., p. 241 ss.

(68 bis) Derecho de obligaciones, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 12, p. 106 y ss.

y tercero es aquél que debe recibir la prestación. Son partes en el contrato sólo el promitente y el promisorio.

El promisorio exige el cumplimiento de la prestación a favor del tercero; y éste mismo también reclama al promitente. Son entonces dos los que piden el cumplimiento.

El promitente no puede unilateralmente revocar la estipulación a favor de tercero. Conforme al § 328, II, podría revocar la estipulación si ella "ha de desprenderse de las circunstancias, en especial del objeto de contrato".

El § 332 dice:

"Si el estipulante no se ha reservado la facultad de sustituir sin el asentimiento del promitente otro tercero al designado en el contrato, en caso de duda podrá hacerse esta sustitución por disposición *mortis causa*".

También conviene conocer lo dispuesto por el § 330, sobre los contratos de seguro y de renta vitalicia:

"Si en un contrato de seguro o de renta vitalicia se ha estipulado el pago de la suma del seguro o de la renta a un tercero, en caso de duda, adquirirá inmediatamente éste el derecho de exigir la prestación. Lo mismo sucederá cuando en una disposición gratuita se imponga al gratificado una prestación a un tercero, o cuando en una cesión de patrimonio o de bienes, prometa el cesionario la indicada prestación".

Y el § 335:

"El que estipula, salvo voluntad en contrario del contratante, podrá exigir que la prestación se haga al tercero, aún cuando éste tenga el derecho de exigirla por sí mismo".

Nosotros hemos copiado esta institución del cód. civ. brasileiro, por lo que es útil lo que expresa Clovis BEVILAQUA (69), quien estima que en la legislación de su país es una relación contractual *sui generis*, en la que la acción para exigir el cumplimiento de la obligación se transfiere del estipulante al beneficiario. Se trata, agrega, de un caso de despersonalización del vínculo obligatorio, de una relación contractual doble, que tiene por punto de conjunción al promitente, quien se obliga para con el estipulante para realizar una prestación que deberá cumplir en favor del beneficiario.

Asimismo, enuncia BEVILAQUA (70) que la estipulación en favor de tercero es un poderoso instrumento jurídico, que tie-

(69) IV, p. 264 ss.

(70) IV, p. 266.

ne un campo de aplicación muy extenso. V. g., en la constitución de renta, si existe un tercero beneficiario; en los seguros de vida; en las fundaciones; en las donaciones modales; en ciertos contratos celebrados con la administración pública, en los que se encuentran cláusulas en favor de los habitantes de un lugar; en contratos colectivos en que se conviene que los beneficios señalados pueden ser exigidos por los operarios de determinada empresa.

Las ideas expuestas se aplican al primer dispositivo que el cód. trae sobre estipulaciones en favor de tercero, que dispone sustancialmente lo mismo que el art. 1098 del cód. del Brasil. Es el art. 1345:

“Aquel que estipulare en favor de un tercero tiene derecho de exigir el cumplimiento de la obligación.

“El mismo derecho incumbe al tercero cuando así resulte del fin contemplado en el contrato”.

51.—*El beneficiario puede exigir el cumplimiento de la obligación.*— Dispone el art. 1346 cód. civ.:

“Cuando se dejare al tercero favorecido por el contrato el derecho de reclamar la ejecución de lo pactado, no dependerá del estipulante exonerar al deudor”.

De conformidad con la doctrina del cód., el cumplimiento de la prestación puede exigirla el estipulante y, en ciertos casos, el beneficiario.

El derecho de exigir el cumplimiento de la prestación por el beneficiario puede resultar de las circunstancias, más propiamente, del fin del contrato.

La conformidad del beneficiario no es necesaria para el perfeccionamiento de la estipulación (71).

Si el beneficiario puede compeler al prometiende para la ejecución de la prestación, el estipulante no podrá exonerar a dicho prometiende.

Es de advertir, empero, que el estipulante puede sustituir al beneficiario por otro, si se hubiere reservado ese derecho. En tal hipótesis el beneficiario perderá todos sus derechos, ya que ellos

(71) La exposición de motivos del cód. civ. (véase Aparicio y G. S., Cód. Civ., concord., III, p. 428) consigna que los códigos de corte clásico exigen el consentimiento del tercero para que éste adquiera el derecho estipulado en su favor; pero que otros más progresivos, como el cód. alemán y el suizo, no requieren este consentimiento. Esta última doctrina es la que sigue el código vigente, desde que la aceptación del beneficiario resulta innecesaria.

dependían del hecho que el estipulante no usara de la facultad de sustituirlo.

El derecho de exigir la prestación nace en el beneficiario sin requerir su consentimiento y en casos como los del seguro de vida nace después de la muerte del estipulante. No lo dice el cód. de com.; a lo más, el 2º párrafo del art. 416 de ese cód. preceptúa: "La póliza, sin embargo, dará derecho a la persona asegurada para exigir de la compañía aseguradora el cumplimiento del contrato".

No se requiere entonces la aceptación del beneficiario para que éste adquiera los derechos a su favor establecidos por la estipulación, ya que el estipulante puede reservarse el derecho de sustituir al tercero designado en el contrato, independientemente de la voluntad de éste y de la del prometiende; lo permite la ley.

Ello no obstante, debe estimarse que el derecho del beneficiario surge inmediatamente de la voluntad de éste y de la del prometiende: lo permite la ley.

Igualmente, debe estimarse que el derecho del beneficiario surge inmediatamente de la estipulación. El derecho de sustituir al beneficiario que puede reservarse el estipulante, no importa que el derecho de dicho beneficiario quede en suspenso, en expectativa, hasta la muerte del estipulante.

El beneficiario tiene el derecho de rechazar la prestación que la estipulación le otorga, por lo que su derecho se encuentra sometido a esta condición resolutoria y el derecho así renunciado se presume que no entró en su patrimonio.

52.—*Sustitución del tercero beneficiario.*— La fórmula del art. 1347 cód. civ. sobre esta materia expresa:

"El estipulante puede reservarse el derecho de sustituir al tercero designado en el contrato, independientemente de la voluntad de éste, y de la del otro contratante.

"Esta sustitución puede hacerse por acto entre vivos, o por disposición de última voluntad".

Si el estipulante y el prometiende convienen que el primero tendrá el derecho de sustituir el nombre del beneficiario, independientemente de la anuencia que pueda prestar el prometiende o el mismo beneficiario, la sustitución se opera por una declaración unilateral, que podrá ser hecha por acto entre vivos o por testamento. En este último caso, la suma a que tiene derecho el sustituto no es un legado, ni forma parte de la sucesión del

estipulante. El nuevo beneficiario tiene derecho a ella en virtud del contrato primitivo, aunque la sustitución se hiciere por testamento. No cabe entonces que el Fisco cobre impuesto sucesorio alguno.

La reserva debe ser expresa y constar en el contrato en que se ha otorgado la estipulación. Si no la hay, el estipulante no podrá hacer la sustitución. La revocación o sustitución del beneficiario no es un derecho absoluto, sino si hubo reserva expresa en el contrato.

Hay derechos revocables en su esencia, como los hay irrevocables. Ejemplo de los primeros son las donaciones entre esposos. De este asunto se ocupa el art. 267 del cód. civ., para el caso de divorcio. Nótese que decimos entre esposos, no entre cónyuges; estos últimos no pueden contratar entre sí sino mandatos (art. 1339 cód. civ., y ley N° 9013, de 23 de noviembre de 1939). Sólo es revocable lo que preexiste a la revocación; por lo mismo, el estipulante al revocar el beneficio reconoce que el tercero lo había ya adquirido por el solo efecto de contrato de estipulación a su favor.

Se puede revocar la estipulación por el estipulante; jamás por el prometiende. Lo contrario opina GIORGI, según se ha visto. Pero puede convenirse que la revocación sólo será posible si concurre el consentimiento de estipulante y prometiende y este convenio es válido.

La facultad de revocar la estipulación es un derecho personalísimo del estipulante, que no se transmite a sus herederos.

53.—*Ejemplos de estipulación en favor de tercero.*—El contrato de transporte importa una estipulación por otro; así. *X* remite mercancías a *Z* por intermedio del ferrocarril. El contrato se celebra entre *X* y la empresa ferroviaria, siendo *Z* extraño al contrato.

La venta de un establecimiento comercial puede constituir también un ejemplo cuando entre vendedor y comprador convienen que los empleados del vendedor continuarán sirviendo al comprador. El contrato se celebra entre personas distintas de los empleados del negocio, quienes son terceros extraños.

Un marido va a una compañía aseguradora y toma un seguro designando como beneficiaria a su cónyuge; se trata de un seguro sobre la vida que se abonará por la compañía al producirse el fallecimiento del marido. Aquí, el marido es el asegura-

do; la compañía es la aseguradora; y la cónyuge, que es la beneficiaria, es extraña al contrato de seguro.

Sin tener en cuenta la legislación de excepción sobre inquilinato y la que ha establecido modificaciones en la ley sustantiva con respecto a la locación de fundos rústicos destinados al cultivo de alimenticios, sería una estipulación a favor de tercero si el locador vende su inmueble pero pacta que el comprador deberá respetar la locación ya celebrada con un extraño, que sería el beneficiario. Dentro del derecho común, el nuevo dueño sólo habrá de respetar los arriendos inscritos en el registro de la propiedad inmueble (art. 1515 del cód. civ.).

54.—*Personas que intervienen.*— Son tres: el estipulante, el prometiente (71 bis) y el tercero beneficiario.

Tratándose del transporte, X, que remite las mercaderías, es el estipulante; la empresa ferroviaria, la prometiente; y Z, quien recibe las mercancías, el beneficiario.

En el contrato de compra-venta del establecimiento mercantil, el vendedor es el estipulante; el comprador, el prometiente; y los empleados los beneficiarios.

El marido es el estipulante en el contrato de seguro; la empresa aseguradora, la prometiente; y la cónyuge, la beneficiaria.

CAPITULO XV

LAS ARRAS

55.—*Su concepto.*— Dentro de nuestra legislación, las arras denotan que el contrato ha quedado definitivamente concluído. Muestran las arras cierta aproximación con la cláusula penal. El BGB regula al mismo tiempo la señal y la cláusula penal (§§ 336 a 345). Resulta así que, en primer término, son confirmatorias. Así la dispone la primera regla sobre esta materia:

Art. 1348 cód. civ.— "*Las arras que se entreguen por uno de los contratantes al otro, se reputarán dadas en señal de la conclusión del contrato*".

Con referencia a la legislación abrogada, ha variado sustancialmente el concepto de la institución. El art. 1334 del cód. civ.

(71 bis) "Prometiente" es el vocablo castellano; "promitente" es un barbarismo.

del 52 disciplinaba las arras dándoles un carácter estrictamente penitencial y sólo dentro del área de la promesa de compra-venta, estableciendo que cualquiera de las dos partes podía revocar su consentimiento perdiendo las arras el que las dio y devolviéndolas dobladas el que las recibió. Para que funcionen como prima de rescate o multa de arrepentimiento, debe existir pacto.

También el cód. anterior contenía otro concepto de arras; eran las que el esposo daba a la esposa por razón del matrimonio (art. 1029 y ss. cód. de 1852).

De lo expuesto aparece que ahora las arras tienen el mismo sentido que ofrecen en la legislación mercantil. Así, el art. 338 cód. de com. declara:

“Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario”.

Se tiene así por confirmatorias, a no ser que se estipule otra cosa (72).

Conviene esclarecer que si las arras son simplemente confirmatorias, en caso que una de las partes se retracte procede que la otra exija daños y perjuicios. Así lo establece la exposición de motivos citada, ya que si se produce la inejecución del contrato y si las arras sólo son confirmatorias rigen los principios generales ya estudiados sobre daños y perjuicios. No habrá lugar a esto si las arras se estipularon con carácter penitencial.

Si quien dio las arras hace imposible la prestación que le corresponde por su culpa, o da motivo a la rescisión del contrato, dispone el cód. civ. alemán (73) que las pierde en favor del otro contratante. Esta solución no puede darse en nuestro derecho si las mismas son sólo confirmatorias.

La institución no tiene ya mucha importancia en estos tiempos, por lo que existen códigos que ni la mencionan. El párrafo II del § 336 del cód. alemán previene: “En caso de duda la señal se considerará dada a título de pena”. También debe

(72) Véase APARICIO y G. S., Cód. Civ., III, p. 428, en que se encuentra la exposición de motivos.

(73) § 338 del cód. civ. alemán: “Si la prestación debida por el que da la señal se hiciera imposible por una circunstancia de que él sea responsable, o si por su falta ocasiona la rescisión del contrato, el que haya recibido la señal tendrá derecho a guardársela. Si el que ha recibido la señal pide daños y perjuicios por inejecución, en caso de duda deberá incluirse la señal en cuenta; y si esto no fuere posible, será restituida después de la indemnización de daños y perjuicios”.

consultarse el § 359 que dice: "Si se hubiese reservado la rescisión de lo pactado contra el pago de una pena, no producirá la reserva efecto alguno si no se pagase la pena antes o al tiempo de la notificación, y si la otra parte rechazase inmediatamente la declaración por esta causa. La notificación sin embargo, tendrá efecto si la pena se paga inmediatamente después de esta negativa".

Las arras tienen aplicación en los contratos conmutativos, ya que en ellos constituyen una garantía recíproca.

Son las arras un contrato real porque su existencia depende de la entrega efectiva, de la tradición de dichas arras.

Cuando las arras permiten el derecho de arrepentirse, el contrato en que están comprendidas es resoluble.

Por las arras penitenciales el deudor adquiere el derecho de no cumplir la obligación si le place, estipulando que la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento habrá de producir a la otra parte equivale a las arras. Si hubiere el derecho de exigir arras e indemnización conjuntamente sería inequitativo.

Se afirma que la circunstancia de que las arras figuren en un contrato solemne, prueba que las partes querían tornarlo un contrato resoluble, por lo que disminuye su fuerza obligatoria. Las arras no podrán estimarse, en este caso, como señales de la conclusión del contrato, desde que su señal o prueba es el instrumento público exigido por la ley como indispensable para su existencia (art. 407 cód. proc. civ.). Sin embargo, aún en los contratos solemnes las arras sólo tendrán el carácter de penitenciales cuando claramente resultara del pacto; de lo contrario serían confirmatorias.

56.—*Arras penitenciales.*— Previene el art. 1349 cod. civ.:

"Pueden las partes estipular el derecho de retractarse. En este caso, si se retractare la parte que dio las arras, las perderá en provecho del otro contratante; si se retractare el que las recibió, las devolverá dobladas".

La interpretación correcta es que las partes no pueden arrepentirse por el solo hecho de haberse pactado las arras; o, dicho de otro modo, que la estipulación de las arras no franquea a las partes el derecho de arrepentirse del contrato. Ese derecho sólo es admisible si ha sido estipulado, si consta expresamente (74), o sea si las arras se pactaron con el carácter de

(74) El derecho de retractarse sólo es admisible cuando el contrato todavía no ha comenzado a ejecutarse. Si la ejecución se ha iniciado, no es posible la retractación.

penitenciales. Las arras nunca se presume que son penitenciales, sino confirmatorias.

Si las arras permiten el arrepentimiento funcionan como como cláusula penal, son las llamadas arras *penitentialis*. Y atendido este carácter ya no hay necesidad de evaluar los daños y perjuicios porque aquel que conforme a esta fórmula tiene derecho a las arras, no puede exigir más por concepto de daños y perjuicios. Asimismo, si las arras funcionan como cláusula penal es incuestionable que ellas representan la estimación de los daños y perjuicios que han hecho las partes para el supuesto que una de ellas se retractare. Por lo mismo, no se puede acumular cláusula penal y daños y perjuicios por el incumplimiento. Cosa distinta ocurre si sólo se trata de arras confirmatorias; si se retracta en este caso una de las partes puede exigir la otra la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Las arras difieren de la cláusula penal en que ésta asegura el cumplimiento de la obligación y aquéllas, por el contrario, hacen posible su incumplimiento.

57.—*Las arras se admitirán siempre como parte de pago.*— Sólo no tiene lugar esta afirmación, cuando expresamente hubieren estipulado las partes que las arras no se considerarán como parte del precio. Dice el art. 1350:

“No habiendo estipulación en contrario, las arras se considerarán como parte de pago de la obligación. Cuando por la naturaleza de la prestación estipulada, no fuese ello posible, deberán ser restituidas a tiempo en que el contrato sea ejecutado”.

No se trata únicamente de arras en dinero, sino de arras que no sean dinero y que pueden ser consideradas como parte de pago de la obligación. Nuestro legislador perfeccionó este dispositivo, que como los anteriores sobre arras ha sido copiado del cód. civ. del Brasil, en que ostenta el N° 1096 (75). Normalmente, las arras no pueden ser consideradas como remuneración extraordinaria.

Las arras deberán ser restituidas:

- 1) Cuando se cumplió la obligación, salvo que puedan considerarse como parte de pago de la obligación;
- 2) Cuando el contrato no se perfeccionó por caso fortuito y aún por culpa, pero en este caso deberá tratarse sólo de arras confirmatorias;

(75) V. BEVILAQUA, IV, 263.

3) Cuando el contrato se resilia o deshace por mutuo acuerdo de las partes, o por efecto de una condición resolutoria diversa del pacto comisorio.

58.—*Naturaleza accesoria de las arras.*— Tanto las arras confirmatorias como las penitenciales tienen naturaleza accesoria, por lo que la nulidad de la obligación principal acarrea su nulidad, pero no al contrario (art. 1127 cód. civ.).

Si se arrepintiera la parte que dio las arras, la otra parte no necesita ejercitar acción alguna para quedarse con ellas; le bastará retenerlas y repeler, en su caso, la acción del que las entregara. Pero si se arrepintiera el que las recibió, por lo que deberá devolverlas dobladas, quien tiene derecho a esta prestación puede exigirla judicialmente. En ambos casos, las arras constituyen una cláusula penal.

Cuando a las arras se les ha dado carácter penitencial, o sea que con ellas se franquea el derecho de arrepentimiento, sirven no para fortalecer, sino para debilitar el vínculo contractual. En este caso, cualesquiera de las dos partes puede retractarse.

Pero si las arras son confirmatorias concurren a fortificar el vínculo contractual.

La facultad de arrepentirse se utilizará dentro del plazo que se hubiere convenido; y si no hubiere término puede hacerse uso de este derecho hasta el momento en que el contrato se ejecuta. Y si una de las partes demanda judicialmente la ejecución, la otra deberá hacer uso del derecho de arrepentirse, si lo tiene, pero inmediatamente, porque como dice SALVAT (76), la notificación de la demanda en que se le pide que ejecute el contrato lo constituye en mora de arrepentirse, o en mora de cumplir dicho contrato.

Quien recibió la señal deberá devolverla, más otro tanto, si es que se retracta; y si lo hace quien la entregó la perderá en beneficio de la otra parte. Es decir la pérdida que cada parte experimenta en caso de arrepentirse es la misma y consiste en una cantidad igual a la señal que recibió, o la señal que dió,

Sólo por arrepentirse se pierden las arras, no si el contrato se resilia, o se resuelve, o no puede cumplirse por caso fortuito, siempre que dichas arras tuvieran por objeto hacer posible que cualquiera de las partes se retractare.

(76) I, Contratos, I, ed. 1958, Nº 291, p. 144.

La señal puede ser dinero u otra cosa mueble. Por ejemplo, en la compra-venta el comprador entrega como señal una joya (75 bis).

CAPITULO XVI

VICIOS REDHIBITORIOS

59.—*Su concepto* — Son los defectos ocultos que tornan a la cosa impropia para el uso a que está destinada o que disminuyen dicho uso de tal modo que si hubieren sido conocidos el contrato sobre la misma no se habría realizado. Estas ideas están contenidas en el art. 1351 del cód. civ.:

“El enajenante está obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, cuya propiedad, uso o posesión transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la enajenación, que la hagan inútil para el uso a que se le destina; o que disminuyan este uso de tal modo, que a saberlo el adquirente no habría verificado la adquisición de la cosa, o habría dado menos por ella”.

El enajenante que transmite la propiedad, la posesión o el uso de las cosas, no sólo deberá asegurar al adquirente la posesión pacífica de la cosa, sino la posesión útil de la misma. Su responsabilidad no se limita a los vicios jurídicos.

El adquirente de una cosa ha verificado la adquisición con el fin de obtener utilidad, pero se encuentra después con que la cosa es impropia para el uso a que la destina, porque presenta vicios de hecho, no vicios jurídicos. Estos últimos importan también la obligación de sanear, pero por evicción.

La garantía por estos vicios ocultos tiene lugar sólo en los contratos onerosos; expresamente lo determina la fórmula anteriormente reproducida.

Los vicios redhibitorios no sólo son exigibles dentro del contrato de compra-venta, ya que el precepto del art. 1351 se refie-

(76 bis) Jurisprudencialmente se ha resuelto que pactada una promesa de venta en que se dieron arras, no habiéndose exigido el cumplimiento de dicha promesa en tiempo oportuno, no procede reclamar la devolución de las arras dobladas. Así, en la sent. de 11 de junio 1935, inserta en “R. de los T.”, 1935, p. 152.

Asimismo, la sent. de 23 de julio de 1927, en “La Prensa” de 19 de agosto de 1927, establece que existe objeto ilícito y, por tanto, es nulo, el pacto por el cual el dinero entregado por concepto de arras deberá ganar intereses.

re no sólo a la transferencia de la propiedad, sino también a la transmisión del uso o de la posesión, siempre que éstos se hubieran transmitido a título oneroso. Así, el uso se da en la locación-conducción o en ciertas formas onerosas de usufructo. Igualmente, por defectos de los títulos el enajenante no transfiere el dominio sino la posesión de las cosas que vende. También puede nacer la responsabilidad por los vicios redhibitorios en los contratos de permuta, *datio in solutum* o de cesión de créditos; v. g., si se venden valores de Bolsa no por intermedio de agentes de cambio y Bolsa, sino por negociación particular y está impedida su negociabilidad por pérdida o extravío, o si se venden acciones de una sociedad que ha sido liquidada. En el contrato de mutuo de cosas que se consumen por el uso en que se enajena su propiedad es, asimismo, exigible esta responsabilidad por los vicios redhibitorios, si el mutuuario recibe la propiedad de las cosas no sólo con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, sino que debe efectuar una contraprestación a favor del mutuante.

Vicios redhibitorios no es una denominación exacta, desde que no comprende una de las dos acciones, la de reducción de precio. *Redhibere* no es más que el efecto, o sea el de forzar al vendedor a hacerse cargo nuevamente de la cosa vendida; importa sólo hacer una operación inversa a la venta.

La *actio redhibitoria* se aplica en todos los contratos conmutativos, esto es en los contratos onerosos (ningún contrato conmutativo puede ser gratuito), en que es cierta la extensión de las prestaciones recíprocas de los contratantes, de modo que cada uno de éstos pueda apreciar inmediatamente los beneficios o las pérdidas resultantes del contrato. La obligación de garantía por los vicios ocultos existe sólo en los contratos conmutativos; no en los aleatorios.

Si se trata de un contrato unilateral y de beneficencia, como la donación, no podría funcionar la acción redhibitoria. No es éste ciertamente un contrato conmutativo, oneroso. Empero, si la donación ha sido gravada con cargas es aplicable la teoría de los vicios redhibitorios. Lo mismo es aplicable en la dote, que no es una donación pura, sino gravada; y también en la donación remuneratoria.

La dote está constituída normalmente por los bienes que lleva la mujer al matrimonio; puede también constituirla un extraño durante el curso del matrimonio. Los bienes dotaes producen frutos para la sociedad legal que se crea por el hecho del ma-

rimonio (art. 224 cód. civ.). Normalmente, asimismo, es el marido quien administra los bienes dotales (art. 228 cód. civ.). De otro lado, si los frutos de la dote no son de propiedad de la mujer, sino de la sociedad, el marido puede disponer de los mismos, ya que son bienes comunes (art. 188 cód. civ.). Deberá también tenerse en cuenta que el matrimonio de una mujer dotada se realiza con menos dificultad, más fácilmente, que el matrimonio de una mujer que no lleva dote. Por lo mismo, si el marido contrae el matrimonio en atención al patrimonio dotal, es obvio que resultaría defraudado si los bienes que lo constituyen padecen de vicios ocultos que disminuyen notoriamente su valor o que lo harán desaparecer a corto plazo. Así se explica entonces la razón de la doctrina contenida en el art. 223 del cód. civ., que dispone que todos los que constituyen dote están obligados a la evicción y saneamiento de los bienes que la componen, salvo estipulación contraria. Debe entenderse que la responsabilidad de los constituyentes no se limita tan sólo a los vicios jurídicos, sino a los vicios ocultos. Además, toda estipulación contraria que exima de esta responsabilidad es inválida si quien crea la dote procedió de mala fe. Esta misma responsabilidad debería ser susceptible de deducirse en las donaciones por razón de matrimonio, pero la ley nada dispone.

Etimológicamente, vicio redhibitorio es el que puede dar lugar a la devolución de la cosa. V. g., en la venta puede producirse la rescisión de ésta.

Dispone el art. 1352 cód. civ. que "la disposición del artículo anterior es aplicable a las donaciones gravadas, hasta la concurrencia del cargo", porque en tal supuesto la donación deja de ser un contrato unilateral, ya que al donatario le es impuesta una obligación resultante del cargo.

Ya se ha expresado que la teoría de los vicios redhibitorios no aparece en los contratos a título gratuito, porque en la donación, v. g., el donante transmite la cosa tal cual es, con sus ventajas y con sus defectos. No es exigible de él la obligación de cuidar que la cosa ofrezca aquellas características que el donatario confía que tenga para el uso a que habrá de destinarla. Sería realmente inequitativo demandar esta obligación de quien obsequia.

Los vicios ocultos se encuentran contrapuestos a los vicios aparentes. Estos no dan lugar, como aquéllos, a la garantía. Por ejemplo, será vicio oculto en la venta de un inmueble urbano la calidad de los materiales empleados en cada una de las ha-

bitaciones de que consta, ya que no se acostumbra que el comprador revise detenidamente la calidad de los materiales utilizados. Sin embargo, será vicio oculto si se descubre que esa calidad no es la misma que la que se había hecho constar en el contrato.

No es vicio oculto si se vendió un animal ciego o tuerto, ya que tales defectos son de fácil comprobación. Sin embargo, esta solución no es absoluta, ya que debe atenderse al fin a que se destina el animal adquirido.

El enajenante responde aún cuando no incurre en culpa. Sería éste otro de los casos de responsabilidad objetiva. Advierte J. W. HEDEMANN (76 ter) que la responsabilidad no deriva de una eventual culpa del vendedor, razón por la que la considera una "responsabilidad obligatoria" y que se aproxima al concepto de la "asunción del riesgo".

Por ejemplo, si son máquinas el vicio se considera oculto si se pone de manifiesto al hacerlas funcionar, después que no se ha notado al ensayarlas, o si tratándose de un automóvil se descubre después de varios miles de kilómetros de circulación (77).

Los vicios ocultos deben ser de cierta entidad; si carecen de importancia no habrían influido en que el contrato no se hubiere llevado a cabo, o en que el adquiriente hubiere ofrecido menos por la cosa. Por lo tanto, deben ser graves, a fin de que pudieran producir o la no contratación o la rebaja en el precio de la cosa. Y la gravedad del vicio se determina porque la cosa resulta inútil o porque el vicio, disminuye el uso que presta (77 bis).

Conviene advertir que el término "redhibitorio" se aplica a todos los vicios, sea que provengan de animales o de otros bienes materia del contrato oneroso, que pueden dar lugar a su resolución. Por lo mismo, son equivalentes las expresiones "vicios redhibitorios" y "vicios ocultos".

Para que existan vicios redhibitorios es necesario:

- 1) Que dichos vicios tornen a la cosa impropia al fin que se le destinaba, disminuyendo su valor;
- 2) Que los defectos existan antes del contrato y perduren hasta que se produzca la reclamación del adquiriente;
- 3) Que el adquiriente ignorara los vicios al tiempo en que concluyó el contrato.

(76 ter) Trat. de D. Civ., D. Obligaciones, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, 1958 § 32, Nº V, p. 260.

(77) PLANIOL-RIPERT y Hamel, X, Nº 130, p. 134 s.

(77 bis) Véase RUGGIERO, II, 1, p. 343. (Los vicios no deben ser leves imperfecciones.

Existirán vicios redhibitorios cuando en una venta con arreglo a una muestra el comprador recibe cosas que no corresponden a la muestra; o si se trata de venta conforme a un tipo o a una calidad determinadas, las cosas entregadas no corresponden al tipo o calidad indicadas.

Hay diferencia entre la garantía por vicios redhibitorios y la nulidad por dolo del contrato. En la primera, que el enajenante sea de buena o de mala fe es indiferente, ya que la garantía siempre se debe; sin embargo, la mala fe produce en el enajenante la obligación complementaria de indemnizar los daños y perjuicios. Por el contrario, el dolo importará siempre la mala fe del enajenante.

La falta de cualquiera calidad de la cosa no produce la responsabilidad del enajenante por los vicios redhibitorios. Se trata de la calidad de la cosa que disminuye el uso a que se destina, o que la hacen impropia para dicho uso. Queda de manifiesto entonces el carácter económico de la garantía (78).

60.—*Irresponsabilidad del enajenante.*— Estatuye el art. 1353 cód. civ.:

“No se consideran vicios ocultos, los que el adquirente ha podido conocer por sí mismo”.

El enajenante no es responsable por los defectos que estuvieren de manifiesto, a la vista. En otro caso, tampoco habrá de estimarse la existencia de vicios ocultos si el adquirente es un experto, un perito, que por razón de su oficio o profesión ha debido conocer la existencia de vicios.

Si la cosa materia del contrato no ha sido entregada al tiempo de su perfeccionamiento; y lo será después y presenta vicios ocultos es claro que el adquirente puede rechazarla.

En otras legislaciones se tiene en cuenta para hacer desaparecer la garantía por los vicios ocultos, que el adquirente conocía los vicios, sabía que la cosa los tenía y, por tanto, el valor que daba por la cosa estaba en relación con los riesgos que asumía, o que el adquirente, por razón de su oficio o profesión, debía conocer los vicios, como si se compraban vinos por quien se dedicaba usualmente al comercio de los mismos. Así lo establece el art. 2170 del cód. civ. argentino.

En derecho francés, si el vicio era conocido por el adquirente pierde el derecho a invocar la garantía, porque se reputa que

(78) PLANIOL-RIPERT y Hamel, X, N° 129, p. 131.

renunció a dicha garantía. Corresponde al enajenante probar que el adquirente tenía tal conocimiento, a fin de enervar la demanda (79).

El vicio deberá ser anterior a la enajenación; quien vende no garantiza los vicios que se puedan producir después (80). Por lo menos, el vicio deberá existir al tiempo que se trasmite el dominio, el uso o la posesión.

61.—*Conocimiento o desconocimiento de los vicios ocultos por el enajenante.*— En el art. 1355 cód. civ. se expresa:

“Si el enajenante sabía los vicios de la cosa, está obligado a indemnizar daños y perjuicios además de restituir su valor. Si los ignoraba, no está obligado sino a la restitución del valor y al pago de los impuestos y gastos del contrato.

“Si el defecto o vicio oculto fue ignorado por el enajenante, puede éste optar por la rescisión del contrato”.

La responsabilidad del enajenante siempre es exigible, ignore o no los vicios del bien que transfiere. Su obligación de sanear no depende de su buena o mala fe. Sin embargo, su mala fe probada lo obliga, además de devolver el valor, a indemnizar los daños y perjuicios.

Su buena fe no impide que tenga que devolver el valor del bien que hubiere transmitido y los impuestos y gastos, siempre que esos impuestos y gastos del contrato hubieren sido satisfechos por su contratante.

No existiendo dolo del enajenante pueden las partes pactar que el adquirente no tenga derecho a reclamar contra los vicios de la cosa. Pero si dicho enajenante conocía los vicios la cláusula destinada a restringir o anular la garantía es nula. En general, el enajenante no se encuentra obligado a declarar los vicios si éstos son patentes o de fácil comprobación atendidos los conocimientos del adquirente. No se puede pactar que el enajenante no responda de los vicios por dolo porque ese pacto es nulo de acuerdo con el art. 1321 del cód. civ.

La presunción de mala fe existirá en el enajenante si la venta se hizo por un fabricante o un comerciante que se ocupe del negocio de cosas iguales a la vendida, por aplicación del apotegma *Unus quisque peritus esse debet artis suae*. Esta presunción, dicen PLANIOL-RIPERT y Hamel (81) es irrefragable con respec-

(79) PLANIOL-RIPERT y Hamel, X, Nº 132, p. 136.

(80) PLANIOL-RIPERT y Hamel, X, Nº 131, p. 135.

(81) X, Nº 134, tex. y n. 1 de la p. 141, con nutrida bibliografía.

to al fabricante y el mismo carácter absoluto le atribuye la jurisprudencia francesa con respecto al comerciante.

El adquirente tiene también derecho al reembolso de los gastos hechos en la cosa y a los daños que ésta le ha causado, pero deberá devolverla con todos sus accesorios y los frutos que hubiere percibido.

El adquirente debe restituir los frutos percibidos por él después de la entrega de la cosa; los que se compensan con los intereses de precio que diera el adquirente (82).

Se justifica la responsabilidad del enajenante no obstante su buena fe probada, porque el otro contratante ha concluido el contrato en la inteligencia que el bien es útil y está en condiciones de dar rendimiento en el uso para que le destina. Si esas condiciones por las cuales el adquirente ha consentido faltan, es incuestionable que el consentimiento de éste se ha producido por error y el contrato debe ser anulado, rescindido.

Hay, de acuerdo con lo anterior, cierta analogía entre la existencia de vicios ocultos y el error. Es innegable que el vicio de la cosa representa una verdadera alteración de su substancia, por lo que el adquirente puede ejercitar la acción redhibitoria o la de anulabilidad del acto apoyada en el inc. 2º de art. 1125 del cód. civ. Por lo mismo, extinguida la acción por vicios redhibitorios queda la acción rescisoria por error, que sólo se extingue a los dos años (art. 1168 inc. 3º cód. civ.).

GIORGI (83) percibe estrecha vinculación entre los vicios redhibitorios y el consentimiento dado por error. Por su parte, CARVALHO DE MENDONÇA (84) anota que esta es la opinión que más se aproxima a la verdad, porque en ambos casos el contrato no se realizaría si se conociese el vicio de la cosa o, lo que es lo mismo, si no existiese error sobre sus cualidades esenciales. Pero agrega que existen diferencias entre los dos institutos; así, en la acción por error el contrato se deshace y en la acción por vicios ocultos puede subsistir y no rescindirse si la parte opta por la *actio quanti minoris* (84 bis).

(82) PLANIOL-RIPERT y Hamel, X, Nº 134, p. 141.

(83) GIORGI, IV, Nº 70, p. 93.

(84) II, Nº 696, p. 374.

(84 bis) COLIN y CAPITANT, Curso elem., IV, p. 126, ed. 1925, no obstante comprobar que existe analogía entre la acción por vicios ocultos y la acción de anulabilidad por error, expresan que el contrato es anulable cuando el error recae sobre la substancia y que la obligación de saneamiento por vicios ocultos es porque la cosa resulta impropia para el fin a que se le destina y ponen el siguiente ejemplo: Quien compra un violín en la creencia que es de un constructor célebre siendo en realidad apócrifo, padece un error sobre la esencia que puede dar lugar a una acción de anulabilidad; pero ese carácter apócrifo no constituye vicio oculto que permita promover la acción de saneamiento.

De otro lado, la acción de anulabilidad ofrece para el adquirente la ventaja de su mayor duración (inc. 3º art. 1168 cód. civ.).

62.—*Extinción o limitación de la responsabilidad por los vicios ocultos.*— Para esta cuestión se tiene el art. 1362 cód. civ.:

“Se puede restringir o renunciar la responsabilidad por los vicios redhibitorios. Se puede también ampliarla”.

La responsabilidad por los vicios ocultos es un efecto natural del contrato, es una condición no esencial del convenio, que puede ser limitada. Cabe también, conforme a este dispositivo, que el adquirente renuncie a exigir la responsabilidad por los vicios ocultos. Sin embargo, esta renuncia no es absoluta si el enajenante obró dolosamente, conforme a la doctrina del art. 1321 cód. civ.; por ejemplo, si el vendedor conocía la existencia de los vicios en lo que vendía.

Como la garantía por los vicios ocultos no es de orden público, los contratantes pueden modificarla en diversos sentidos. En el silencio del contrato la garantía por los vicios ocultos es exigible; es decir, que no es necesario que esté pactada.

Aunque el cód. no lo diga, la supresión de la garantía no obstante el pacto en tal sentido, carece de valor si el enajenante sabía de la existencia de los vicios ocultos, o sea que procedió dolosamente. Es la misma solución en este campo que la que el cód. civ. da en su art. 1372, cuando se ha pactado que el enajenante no quede sujeto a saneamiento por evicción, pero que lo estará a pesar del convenio, si la evicción se debe a su propio dolo.

Es raro que en un contrato se amplíe la responsabilidad por los vicios ocultos. Se tendrá la garantía por ampliada si el enajenante afirma que la cosa se encuentra exenta de defectos, o que tiene determinadas calidades, aunque el adquirente pudiera percibir la falta de esas calidades. Esta es la doctrina del art. 2167 del cód. civ. de VÉLEZ SANSFIELD.

63.—*Acciones por la existencia de vicios ocultos.*— Las acciones de que goza el adquirente son de abolengo romano. Tienen los nombres de acción redhibitoria y acción estimatoria.

Estas dos acciones están comprendidas en el art. 1354 cód. civ.:

“Por los vicios ocultos de la cosa tiene el adquirente derecho a pedir, a su elección, o que se rescinda el contrato, o que se le devuelva del precio lo que la cosa vale de menos”.

La acción redhibitoria es una acción rescisoria. Así, en la compra-venta se devolverá la cosa vendida por el comprador y el precio por el vendedor, siempre es claro que la cosa no se hubiere perdido por culpa del adquirente. No obstante haberse perdido cabe la redhibición. Por lo mismo, se explica la disposición del art. 1356 cód. civ.:

"El enajenante sufre la pérdida de la cosa si perece por los vicios ocultos que tenía".

Por lo expuesto, el adquirente nada tiene que devolver como compensación de la cosa que se ha perdido a causa de los vicios que ostentaba; lo mismo, si se deteriora por la misma causa. Si la cosa se pierde por culpa del adquirente que la tiene en su poder, aunque tenga vicios ocultos, no cabe redhibición; en realidad, la cosa se pierde para su dueño (85) y no por los vicios.

Si la pérdida de la cosa se produce por los vicios ocultos que tenía, encontrándose ya en manos del adquirente, esa pérdida la sufrirá el enajenante, quien deberá devolver el valor de la cosa y pagar los impuestos y gastos del contrato (art. 1355 cód. civ.). No lo previene el cód., pero si la pérdida es tan sólo parcial deberá devolver el adquirente la cosa en el estado en que se encuentre.

Si la adquisición fue efectuada a riesgo y peligro del comprador, dicen PLANIOL-RIPERT y Hamel (86) que éste no puede invocar la garantía, aunque el vendedor fuera de mala fe.

Teniendo la cosa vicios ocultos pero habiéndose perdido no por efecto de estos vicios, sino por un caso fortuito, en manos del adquirente, tendría éste el derecho de pedirle al enajenante aquella suma que había dado demás por la cosa; para esta solución se tiene en cuenta que el enajenante carecería de título para retener el precio que había percibido demás por la cosa que había enajenado con vicio oculto (86 bis).

(85) Las afirmaciones que acabamos de dejar establecidas se desprenden de la fórmula contenida en el art. 1357 cód. civ.:

"Aunque el vicio que causó la pérdida de la cosa hubiese tenido su principio antes de la enajenación, siendo tal que no la hubiera causado a no mediar descuido de parte del adquirente, queda libre de responsabilidad el enajenante".

El descuido supone la culpa del adquirente, a pesar de que la cosa tuviera vicios existentes antes de la enajenación.

(86) X, Nº 139, p. 147.

(86 bis) Conforme al párrafo 2º del art. 1647 del cód. civ. francés, si la cosa se pierde por caso fortuito la pérdida la sufre el comprador. COLIN y CAPITANT, Curso elem., IV, p. 124, ed. 1925, cita al cód. alemán, y cód. español (art. 1488), como las legislaciones que permiten que la redhibición y, por tanto, la restitución del precio pueda ser reclamada, no obstante que la cosa se perdió por caso fortuito. Agrega que esta solución es menos

64.—*Quién ejercita la acción redhibitoria.*— Esta acción la ejercita el adquirente a título oneroso de la propiedad, uso o posesión de la cosa, salvo que se hubiere restringido sus efectos o se hubiere renunciado a ella conforme al art. 1362 cód. civ.

Si han habido varias ventas sucesivas, el adquirente puede a su elección dirigir la acción contra el enajenante originario a título oneroso o contra su enajenante inmediato.

Esta acción pueden ejercitarla el sucesor a título universal del adquirente y también el sucesor a título particular del mismo (v. g., un comprador del comprador). Ello se entiende siempre que no hubiere transcurrido el plazo de decaimiento o caducidad, no de prescripción, que señala el art. 1358 cód. civ.:

“La acción redhibitoria para deshacer el contrato por causa de vicios ocultos debe intentarse dentro de seis meses contados desde la entrega de la cosa” (86 ter).

65.—*Prueba.*— Quien interpone la acción redhibitoria deberá acreditar la existencia de vicios o defectos en la cosa transmitida; que esos vicios o defectos existían antes de la enajenación; y que la enajenación fue a título oneroso. Todos estos extremos deberá probar el demandante.

El art. 1351 cód. civ. agrega “...existentes al tiempo de la enajenación”. Si la cosa se desmejorara por un suceso o acaecimiento posterior la responsabilidad del enajenante no existe. Dicha cosa puede perderse o deteriorarse por causa de la negligencia del dueño o por caso fortuito, o por vicios sobrevinientes a la enajenación.

De que el vicio deba existir antes o al tiempo de la enajenación es cuestión que incumbe probarla al adquirente. Ningún precepto del cód. lo establece, pero hay que observar las reglas

lógica, pero más práctica, por la dificultad de saber si la cosa se perdió por el casus o por los vicios de que adolecía, siendo frecuente que ambas causas hayan concurrido y que ello no hace desaparecer la culpabilidad del enajenante quien vende una cosa en mal estado.

La rebaja del precio procede en la ley española no sólo si la cosa se perdió por caso fortuito, sino por culpa del comprador. Declara el art. 1488: “Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse.

“Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses”.

Véase para el derecho alemán, ENNECCERUS, II, 2 p. 63.

(86 ter) Con respecto al plazo se ha dictado la sentencia de 7 de agosto de 1933, en “R. de los T.”, 1933, p. 229, por la cual se declaró improcedente la demanda por vicios ocultos de la cosa vendida, ya que se comprobó que ésta había sido notificada una vez vencido el plazo legal para pedir la rescisión o la reducción del precio.

procesales sobre la carga de la prueba. El cód. civ. argentino en su art. 2168 declara: "Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo se juzga que el vicio sobrevino después" (86 quater).

66.—*Acción estimatoria*.— Esta acción supone una rebaja del precio en razón de que la cantidad que se dio no equivale al valor que la propiedad, el uso o la posesión de la cosa tienen.

Quien la interpone deberá probar los mismos extremos que en la acción redhibitoria. Debe, asimismo, interponerse dentro de los seis meses contados desde la entrega de la cosa, no desde la celebración del contrato. Art. 1359 cód. civ.:

"Por la misma causa expresada en el artículo anterior el adquirente puede pedir dentro de seis meses la reducción del precio".

Del texto del art. 1351 cód. civ. ya reproducido, puede inferirse que la acción redhibitoria o rescisoria procede si a causa de los vicios la cosa es inútil para el uso a que se le destina o disminuye ese uso de tal modo que a saberlo el adquirente no hubiere verificado la adquisición; y la acción estimatoria procede si al saber los vicios que la cosa tenía sólo hubiere dado menos por ella. De otro lado, la pérdida de la cosa no dará lugar a la acción estimatoria, sino redhibitoria.

No existiendo acuerdo entre los contratantes sobre la cantidad del precio que deberá disminuirse por virtud de la acción de *quantum minoris*, el menor valor de la cosa deberá determinarse por medio de peritos. Esta acción es de saneamiento; por el contrario, la redhibitoria es acción rescisoria, porque se dirige a deshacer el contrato. Aún cuando el adquirente hubiere demandado al enajenante por los vicios ocultos de la cosa, la *actio aestimatoria* o de *quantum minoris*, si dicho enajenante no conocía los vicios puede optar por rescindir el contrato y no convenir en la baja del precio (art. 1355 parágrafo 2º del cód. civ.).

67.— *No se puede exigir al mismo tiempo la redhibición y la rebaja del precio en lo que la cosa vale de menos*.— Las acciones

(86 quater) En la sent. de 29 de abril de 1932, que corre en "R. de los T.", 1932, p. 71. ss., se declaró que toda demanda sobre vicios ocultos de la cosa vendida debe justificarse por medio de un examen o reconocimiento de peritos, y no por el testimonio de personas que, a su vez, compraron separadamente los objetos vendidos.

Se trataba, además, de una venta mercantil en que se había demostrado que la acción había sido notificada al obligado con posterioridad a los 30 días que la ley especial fija como término.

redhibitoria y estimatoria no son copulativas, sino disyuntivas. Sólo cabe deducirlas no conjunta sino alternativamente, o utilizar una sola de ellas; la que al demandante le pareciere que más conviene a su derecho. Esta cuestión la resuelve el art. 1360 cód. civ.:

“El uso de una de las acciones priva del derecho a la otra” (86 quinquies).

68.—*Hipótesis en la que no cabe ejercitar acción alguna.*— En las ventas judiciales no se puede interponer ni la acción redhibitoria, ni la estimatoria. Así, el 2º párrafo del art. 1359 establece:

“Esta acción, o la de pedir, en su caso, la rescisión del contrato, no tiene lugar en las ventas judiciales”.

La fórmula se funda en la circunstancia de que el comprador en esta forma paga siempre menos de lo que las cosas valen y también en los gastos que toda subasta ocasiona (publicidad costas, etc.).

COLIN y CAPITANT (87) advierten que la razón de que la garantía resulte inexigible en las ventas judiciales se encuentra en que el producto de los remates es destinado al reembolso de los acreedores. Debe tenerse en cuenta que se trata de ventas judiciales de carácter forzado; por ejemplo, dentro de una ejecución, pero no las ventas que las partes llevan a cabo en subasta dentro de un juicio de división y partición de condominio, con el objeto de partirse el bien, y siempre que ninguno de los copartícipes sea incapaz.

Se afirma, asimismo, que estas acciones rescisoria y estimatoria no tienen lugar en las *emptions spei* y en la compra de las *universitates incerta*.

69.—*Existencia de servidumbres.*— Sobre estos derechos reales que constituyen limitaciones del dominio, nuestro cod. civ. declara en su art. 1361:

(86 quinquies) AUBRY et RAU, V., § 355 bis, p. 85, distinguen si ya una acción fué objeto de sentencia, por lo que la cosa juzgada se opondría al ejercicio de la otra acción, agregando que si todavía no existe fallo puede abandonarse la acción elegida e intentarse la otra; DURANTON, XVI, Nº 323, p. 358, considera que intentada la acción de rescisión no podrá entablarse la de reducción de precio si es que se ha pronunciado fallo con respecto a la primera.

(87) Curso elem., IV, p. 121, ed. 1925. Para ENNECCERUS, II, 2, p. 59, aún en las ventas judiciales es posible exigir la garantía si se demuestra que se ha ocultado dolosamente el vicio o se ha asegurado una cualidad que la cosa no tiene.

“Cuando resulte gravada la finca con servidumbres que no estén de manifiesto y de las que no se dió noticia al tiempo de contratar, si éstas fueren de tanta importancia que se pueda presumir fundadamente que no se la hubiera adquirido conociéndolas, puede el adquiriente pedir la rescisión del contrato, si no prefiere el saneamiento”.

Procede, a elección del adquiriente, la acción redhibitoria o la estimatoria.

Precisa distinguir entre la propiedad inscrita y la no inscrita. Si se transfiere a título oneroso un inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, y quien lo adquiere inscribe a su vez la transferencia, si existen derechos reales de servidumbre que no estén de manifiesto y que tampoco aparezcan del registro, es incuestionable que dichos gravámenes no pueden serle opuestos al adquiriente, de conformidad con el art. 1050 cód. civ.

Es evidente que si se tratara de servidumbres aparentes y continuas, es decir de aquéllas que son fácilmente perceptibles por los sentidos, el adquiriente debe respetarlas y no puede alegar que no estando registradas carecen para él de valor y efecto. Tampoco podría alegar el adquiriente que estas servidumbres que son aparentes, constituyen vicios ocultos.

Si se transfiere la propiedad, el uso o la posesión de un bien inmueble no inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, es claro que esos gravámenes que importan las servidumbres tendrán plena eficacia contra el adquiriente, no obstante no estar de manifiesto ni haberse dado noticia de ellos al tiempo de contratar, por aplicación de la legislación común y, especialmente, del principio *Nemo plus iuris*.

Tanto la acción redhibitoria como la del *quantum minoris* se extinguen, con respecto a las servidumbres, en el plazo de seis meses.

En el derecho extranjero la existencia de servidumbres no constituye vicio oculto, sino que da lugar a la garantía de evicción, lo cual parece más científico ya que las servidumbres no constituyen vicios de hecho sino vicios jurídicos. Así, en el cód. civ. argentino su art. 2103 preceptúa que el adquiriente tiene derecho a ser indemnizado cuando fuese obligado a sufrir cargas ocultas, cuya existencia el enajenante no le hubiere declarado y de las cuales él no tenía conocimiento y en el art. 2125

del mismo cód. se trata de la evicción parcial, incluyendo en esta forma la existencia de servidumbres (87 bis).

No obstante no tratarse de servidumbres aparentes si el predio se enajena a título oneroso a base del registro de la propiedad inmueble, el adquiriente no podrá invocar la garantía por los vicios redhibitorios si dicho predio soporta una servidumbre pasiva de la que no se dió noticia al tiempo de contratar pero que se encontraba debidamente inscrita, ya que atendida la publicidad del registro sería inaceptable la alegación de que el vendedor no tuvo noticia de la existencia del gravamen al tiempo de contratar.

El precepto cuya exégesis se está haciendo demuestra, por otro lado, que no es necesaria la inscripción de las servidumbres no aparentes para que surtan sus efectos contra los adquirientes a título oneroso de los predios sirvientes. Se exigirá que estas cargas se encuentren registradas sólo si se trata de predios inscritos y los mismos se transmiten a título oneroso, y se inscribe su adquisición. Este tercero del registro sólo responde de las cargas y gravámenes inscritos.

70.—*Vicios redhibitorios de los animales.*— Las mismas acciones funcionan en los animales cuando se enajena su propiedad, uso o posesión a título oneroso.

Existe un supuesto legal en que no se puede promover ni la acción redhibitoria ni la estimatoria para los animales. Está contenido en el art. 1365 cód. civ.:

“El saneamiento por los vicios ocultos de los animales y ganados no tendrá lugar en las ventas hechas en feria o en pública subasta, ni en la de caballerías enajenadas como de desecho, salvo el caso previsto en la primera parte del artículo siguiente”.

No parece que debe distinguirse entre animales o ganados, porque significan lo mismo. En cambio, debe tenerse en cuenta que sólo comprende a las caballerías enajenadas como de desecho; no a todos los animales que se enajenan como de desecho.

(87 bis) Una sent. de 9 de julio de 1898, inserta en “A. J.”, 1894-1898, p. 473 ss., decidió que la existencia de un censo sobre el predio enajenado a título oneroso no constituye vicio oculto, sino un gravamen cuyo valor debió deducirse y no se dedujo del precio de la venta, razón por la que se declaró no haber nulidad en la sentencia que declaró fundada la demanda de evicción y saneamiento del comprador contra el vendedor.

Este fallo es importante porque determina que la existencia de un censo no importa vicio oculto, sino que da lugar al saneamiento por evicción.

Por lo expuesto, sólo se incluyen aquellos animales que sirven como caballerías.

El art. 1365 excluye a los animales de que habla el artículo 1366 cód. civ. en su primera parte:

“No serán objeto compra-venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciese respecto de ellos es nulo”.

O sea que ya no existirá derecho para demandar el saneamiento, sino que hay una acción de nulidad, que es diferente. El contrato es nulo *ipso iure*, por tener objeto ilícito y ser la prohibición de orden público.

71.— *Nulidad en lugar de saneamiento.*— Dispone el 2º párrafo del art. 1366 cód. civ.:

“También será nula la venta de los ganados y animales si expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para el cual se adquieren, resultasen inútiles para prestarlo”.

V. g., se adquieren animales para dedicarlos a la labranza (yuntas) y resulta que no sirven; o mulos destinados al carguío y acarreo de productos y no dan resultado práctico. Aquí no cabe saneamiento alguno, sino que existe una acción de nulidad. O sea que no es lo mismo cuando se trata de cosas en general y de animales en particular. Es acción de anulabilidad tan sólo.

La demanda debe interponerse dentro de 2 años y no sólo dentro de 6 meses.

72.— *Venta de animales en conjunto.*— “Vendiéndose dos o más animales juntamente, sea por un precio alzado, sea señalándolo a cada uno de ellos, el vicio de cada uno dará solamente lugar a su redhibición, y no a la de los otros; a no ser que aparezca que el comprador no habría comprado el sano o sanos sin el vicioso.

“Se presume esto último cuando se compra un tiro, yunta, pareja o juego, aunque se hubiese señalado un precio separado a cada uno de los animales que lo componen”. Este es el texto del art. 1363 cód. civ.

Lo expuesto es claro; existen hipótesis en que se compra un animal en consideración al conjunto. Si uno de los animales del conjunto no tiene las condiciones requeridas se presume que no se habría adquirido ninguno. La regla es extensible a otros bienes, por lo que declara el art. 1364 cód. civ.:

"Lo dispuesto en el artículo anterior respecto de la venta de animales es aplicable a la de otras cosas análogas".

73.— *Limitación en la acción de vicios redhibitorios.*— Previene el art. 1368 cod. civ.:

"La acción por vicios redhibitorios en la compra-venta de animales y ganados, queda limitada a las enfermedades cuya enumeración sea fijada por el Gobierno en reglamento dictado con anterioridad al contrato".

Ignoramos si ese reglamento se ha dictado. Presumimos, sin embargo, que no existe y su inexistencia no va a impedir la acción redhibitoria por los vicios ocultos de los animales. En este sentido, es inoperante lo dispuesto en el art. 1368 cód. civ., porque todas estas disposiciones sobre vicios redhibitorios en los animales carecerían de eficacia (87 ter).

74.— *Plazo para interponer las acciones redhibitoria y estimatoria.*— Subsiste en cuanto al plazo lo dispuesto en los arts. 1358 y 1359 cód. civ., o sea que cualesquiera de las dos acciones debe intentarse dentro de seis meses contados desde la entrega de los animales. Empero, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 1367 cód. civ.:

"La acción redhibitoria, o la de reducción de precio que se funde en los vicios o defectos de los animales, deberá interponerse dentro de 10 días, contados desde aquel en que tuvo lugar su entrega al adquiriente, salvo el término de la distancia.

No basta interponer la acción; es necesario citar al vendedor.

"Ejercitada la acción dentro del plazo fijado, el comprador queda relevado de la obligación de probar que el vicio existía antes de la venta".

A nuestro ver, subsiste el plazo de seis meses para la acción redhibitoria, o la estimatoria, pero si cualesquiera de esas ac-

(87 ter) Respecto a la importación y exportación de ganado existe la siguiente legislación: ley N° 4638, de 28 de marzo de 1923 y Resoluciones Supremas de 8 de abril de 1931 y de 14 de junio de 1937. Acerca de la venta de un lote de ganado existe la sent. de 8 de julio de 1871, "A. J.", 1871-1872, p. 300 s. Realizada la operación de venta del ganado éste fué entregado y el comprador no pagó el precio al contado, sino que otorgó un vale, el cual al serle cobrado judicialmente, se negó a pagar, alegando y probando que la mayor parte del ganado había muerto a causa de una epidemia. El fallo del Tribunal Supremo desestimó esta alegación del ejecutado teniendo en cuenta que éste no había hecho uso dentro del término legal hábil de las acciones de rescisión o de quanti minoris. Nuestro cód. civ. vigente declara en su art. 1366 que es nula la venta de ganado que padece enfermedad contagiosa. Con esta declaración legal parece que la solución habría sido distinta, aún cuando deberá también tenerse en cuenta que el comprador no hizo uso de las acciones rescisorias o de reducción de precio oportunamente.

ciones la deduce dentro de 10 días a partir de la entrega, no existirá en el demandante la obligación de probar que el vicio existía antes de la enajenación. No tratándose de animales, aunque la acción de garantía se interponga dentro del plazo de 10 días después de la entrega, siempre corresponde al adquirente probar que los vicios existían antes o al tiempo de la enajenación.

El plazo de caducidad de la acción de garantía es el mismo, sea para muebles o para inmuebles. Esta acción de garantía se promueve, asimismo, cuando se trata de la transmisión de la propiedad, del uso o de la posesión de un predio.

75.—*Vicios ocultos en las maquinarias.*— Sobre esta materia existe en el cód. civ. el art. 1369:

“En caso de que el vendedor hubiere garantizado el buen funcionamiento de la cosa vendida durante cierto tiempo, el comprador que alegue un vicio o defecto de funcionamiento, debe comunicarlo al vendedor en el término de un mes, a partir del descubrimiento; y puede entablar la acción correspondiente dentro del plazo de seis meses, a contar desde la fecha de la comunicación”.

El dispositivo ha sido copiado del art. 374 del Proyecto Franco-Italiano. Conforme a su texto esta garantía por la no existencia de vicios ocultos (defectos de funcionamiento) se debe por el vendedor siempre que hubiese señalado un plazo. Es dentro de dicho plazo que se hará la denuncia por el comprador. De no ser así, la denuncia podría ser formulada después de mucho tiempo de entregada la máquina o implemento industrial. Es indispensable para la aplicación de este precepto que el vendedor hubiere garantizado el buen estado de la cosa por cierto plazo. No habiendo garantía se aplica el cód. de com.

Descubierto el defecto en el funcionamiento, el adquirente lo comunicará al vendedor en el plazo de un mes a contar des-

Existe otro fallo que contraría lo resuelto en 1871; es de 13 de julio de 1931 y corre inserto en “R. de los T.” 1931, p. 109 ss. Tratábase también de la compra de un ganado por cuyo importe el comprador había aceptado una letra de cambio, a cuyo vencimiento el girador y no un endosatario, exigió su pago. El comprador se opuso a la ejecución y dedujo entre otras la excepción de vicio oculto por cuanto el ganado murió a causa de una enfermedad contagiosa, la que prosperó y fue admitida por el Tribunal Supremo. No aparece de la sentencia si el instrumento de cambio venció con anterioridad o posterioridad al término señalado por la ley civil para promover las acciones rescisoria o de reducción del precio, pero es presumible que el giro no excediera de seis meses. Por el contrario, en el fallo anterior dicho término había vencido con exceso. No exigió el Su-

de la fecha del descubrimiento; y la acción redhibitoria o estimatoria la entablará dentro de 6 meses de plazo que se computan desde el día en que comunicó el defecto al vendedor.

Si el enajenante no hubiere fijado plazo garantizando el buen funcionamiento de la máquina vendida, no estaría sujeto a la responsabilidad señalada en este precepto. Si bien es verdad que no se aplicaría lo dispuesto en el art. 1369 cód. civ., no sería tampoco procedente entablar la acción redhibitoria o la del *quantum minoris* que franquea con carácter general el art. 1354 del mismo cód.

Se dice inexactamente que no obstante que las maquinarias, fueren éstas estacionarias o de vehículos, deben reputarse mercaderías, en realidad no pueden ser consideradas como los otros efectos de comercio. Por lo mismo, no les es aplicable el art. 337 del cód. de com.: "El comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los 30 días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor". Que por eso se explica la fórmula del art. 1369 del cód. civ. Otra regla contiene el cód. de com. en su art. 331 sobre vicios internos u ocultos: "El comprador que, al tiempo de recibir las mercaderías, las examinare a su contento, no tendrá acción para repetir contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o calidad de las mercaderías.

"El comprador tendrá el derecho de repetir contra el vendedor por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías enfardadas o embaladas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo, y no proceda la avería de caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude.

"En estos casos podrá el comprador optar, por la rescisión del contrato o por su cumplimiento con arreglo a lo convenido; pero siempre con la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado por los defectos o faltas.

premo Tribunal la prueba del vicio oculto, que correspondía producirla al comprador, porque el ganado murió pocos días después de ser entregado sin sufrir accidente, lo que estaba demostrando que ya se encontraba enfermo al tiempo de la venta.

Esta sentencia contiene también una doctrina importante dentro del derecho de cambio, estableciendo que si la letra no ha sido endosada, sino que ha permanecido en manos del girador, el aceptante puede oponerle todas las excepciones que se apoyen en sus relaciones personales; más claramente, si el que exigía el cobro del documento hubiera sido un tercero endosatario contra éste no habría prosperado la alegación de que el mismo representaba el valor de una cosa que tenía vicios ocultos por lo que no era lícito investigar la relación subyacente.

“El vendedor podrá evitar esta reclamación exigiendo, en el acto de la entrega, que se haga el reconocimiento en cuanto a cantidad y calidad, a contento del comprador”.

Cuando el vendedor garantizó el buen funcionamiento de la cosa vendida durante cierto tiempo, queda obligado a repararla cuantas veces fuere necesario y aún a reemplazarla si con la reparación no se asegurara un funcionamiento normal. Como expresan PLANIOL-RIPERT y Hamel (88), carece de importancia que el vicio hubiera tenido carácter oculto.

En verdad, no existiendo garantía, se trata de una venta mercantil y si no reclama el comprador dentro de 30 días de la entrega, se liberará de esta responsabilidad el comerciante vendedor.

El art. 1369 del cód. civ. lo contiene ahora el nuevo cód. civ. italiano, en los siguientes términos:

1512.—“Garantía de buen funcionamiento.— Si el vendedor ha garantizado por un tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador, salvo pacto en contrario, debe denunciar al vendedor el defecto de funcionamiento dentro de los 30 días a contar del descubrimiento, bajo pena de decadencia. La acción prescribe a los 6 meses a contar desde el descubrimiento.

“El juez, según las circunstancias, puede señalar al vendedor un término para sustituir o reparar la cosa en modo que asegure su buen funcionamiento, salvo el resarcimiento de los daños”.

“Quedan a salvo los usos que establezcan que la garantía del buen funcionamiento se debe también en defecto del pacto expreso”.

Habiendo garantizado el vendedor, por cierto tiempo, el buen funcionamiento, deberá el comprador avisar a dicho vendedor, el defecto de funcionamiento, dentro del término de un mes computado a partir del descubrimiento de dicho defecto.

(88) X, Nº 140, p. 147.

Acerca de este dispositivo se ha pronunciado la sent. de 16 de noviembre de 1949, inserta en “R. de J. P.”, 1949, p. 925, por la que se declara rescindida la venta de un aparato eléctrico respecto al cual la casa vendedora había garantizado su buen funcionamiento por determinado lapso. Dicho aparato tenía vicio interno y el aviso que dio el comprador a la casa vendedora, así como la interposición de la demanda rescisoria, se diligenciaron dentro de los plazos señalados por el art. 1369.

La venta era evidentemente mercantil; pero la empresa vendedora había garantizado, por cierto tiempo, el buen funcionamiento de la cosa vendida, razón por la que no era aplicable el art. 337 del cód. de com. Este último dispositivo sólo permite que el comprador pueda reclamar por los vicios internos dentro del término de 30 días computados des-

La acción de garantía prescribe a los seis meses contados a partir del día del descubrimiento.

Francesco MESSINEO (88 bis) expresa que el juez puede señalar al vendedor plazo para sustituir o reparar la cosa, salvo el resarcimiento del daño si lo hubiere (art. 1512, § 2º, cód. Italia). En otro caso, pronunciará sentencia conforme al art. 1492 del cód. de Italia.

Agrega el autor italiano que cuando se venden máquinas usadas, en las que los desperfectos serían más frecuentes que en las máquinas nuevas, se acostumbra que en el contrato se consigne que el vendedor quede exonerado de la garantía, porque el comprador ha examinado la máquina a su contento y por la reducida cantidad que paga como precio. Sin embargo, si el vendedor incurrió en dolo, v. g., por haber ocultado defectos que él conocía y que eran difícilmente perceptibles, a pesar de la exoneración pactada, siempre deberá la garantía.

Es obvio que no habiéndose garantizado el buen funcionamiento de la máquina, por la casa vendedora, rige la regla contenida en el art. 337 del cód. de com., que no admite reclamación por vicios internos después de los 30 días siguientes a la entrega de la cosa vendida, si ésta se considera mercancía.

75a.— *La cuestión de los vicios en el derecho alemán.*— Además de los vicios jurídicos que en el derecho germano dan lugar a una serie de medidas que corresponderían en nuestro derecho, a saneamiento por evicción, hay la garantía por vicios de la cosa, que debe el vendedor. Se trata de vicios de hecho. Ha sido legislada dentro del contrato de compra-venta esta garantía y corresponde a los vicios redhibitorios en nuestro derecho. El comprador quiere vino limpio de impurezas; cebada que no esté húmeda; un reloj que marche; una casa que pueda habitarse.

El § 459 del BGB declara:

“Desde el momento en que los riesgos de la cosa vendida pasen al comprador, le responderá el vendedor de los de-

de el día en que el comerciante vendedor hizo tradición (entrega) de la mercancía. Por consiguiente, el derecho del comprador a reclamar por los vicios internos se encontraba expedito mientras el plazo que el comerciante había dado no expirara; dicho plazo de garantía había sido de un año; por tanto, no era una venta comercial pura; en ésta, si no se reclama por los vicios ocultos que tenga la cosa vendida dentro de 30 días, el comprador pierde definitivamente su acción por esta causa.

Por la sent. de 12 de mayo de 1927, en “La R. del F.”, 1927, p. 226 ss., quedó establecido que en la venta de un automóvil constituye vicio oculto el defecto de fabricación.

(88 bis) Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo V, Relaciones singulares obligatorias, B. Aires, 1955, § 140, Nº 23, p. 113 y s.

fectos que destruyan o disminuyan su valor o su calidad bajo el punto de vista del uso ordinario o del previsto en el contrato. Si la disminución es poco importante, no se la tomará en cuenta”.

“El vendedor deberá también garantizar que en la época en que los riesgos se transmiten, la cosa reúne las cualidades prometidas”.

El comprador goza de cuatro recursos jurídicos: redhibición, reducción del precio, indemnización de daños por incumplimiento (dolo), entrega de otra cosa exenta de vicios, siempre que se trate de deuda genérica y no específica (BGB, § 480, I).

El vendedor responde aún en la hipótesis de que estuviera exento de culpa: Es una “responsabilidad obligatoria”.

La cosa que vende debe carecer de vicios (“*vitia*”).

También el vendedor responde de las cualidades que expresamente había asegurado que la cosa enajenada tenía. Por ejemplo, si vende un lote de urbanización y resulta que no es apto para la edificación.

El legislador alemán no ha perdido el tiempo en considerar si se trata o no de vicios ocultos. En muchos casos, al comprador le puede ser imputable el conocimiento del vicio, o, en otros supuestos, ha incurrido en culpa al desconocer esos vicios. El comprador tiene la obligación de ser precavido. No debe permanecer en silencio.

El BGB previene en su § 460:

“El vendedor no responderá del vicio de la cosa vendida cuando el comprador conocía este vicio al hacerse la venta. Si por negligencia punible ignorase el comprador un vicio de la especie consignada en el párrafo primero del artículo anterior (los que destruyen o disminuyen el valor de la cosa), cuando el vendedor no haya afirmado la ausencia del vicio, sólo responderá de éste cuando lo haya ocultado dolosamente”.

Y sobre la necesidad de que el comprador no permanezca callado, dice el § 464:

“Cuando el comprador acepte una cosa afectada de vicios que conozca, sólo tendrá los derechos previstos en los dos §§ anteriores cuando al tiempo de la aceptación se reserva su derecho por vicios”.

Debe también advertirse que en derecho germano, el precio de la cosa no se considera como una “cualidad” o vicio. Por consiguiente, si después de la compra se advierte que la cosa vale mucho menos ello no importa vicio.

Tampoco sería vicio el defecto en la cantidad; así, si se venden 100 botellas y sólo se entregan 50. Sólo procede exigir que se cumpla el contrato. Pero si la mercadería se guarda en cajas cerradas y cada caja contiene un número menor de lo que es usual en el tráfico, ello sí importaría vicio.

En algunos casos, el vendedor está obligado a informar al comprador, porque su omisión se reputa engaño doloso, siendo aplicable el § 123 del BGB, que prevé: "El que se haya determinado a hacer una declaración de voluntad por manejos fraudulentos o por amenazas ilegales, podrá argüir de falsa dicha declaración". V. g., un corredor vende títulos que están bajando violentamente, de lo que debía estar informado por su profesión.

También responde el vendedor de las cualidades que expresamente afirma dicho vendedor que tiene la cosa. El vendedor no puede disculparse, en este caso, de que se trataría de una cuestión mínima y sin importancia. En estos casos, se tiene en cuenta los caracteres que deben tener las cosas vendidas conforme a las reglas del tráfico. Se trata de compararlas con "*standards*" o "*patrones*", que en Alemania se llaman "categorías mercantiles". Las cosas vendidas deberán presentar los caracteres que muestran las mercaderías que pertenecen a la clase mercantil correspondiente.

No responde el vendedor si la venta se hizo en subasta pública, como consecuencia de un embargo. Véase § 461.

Mediante pacto, el vendedor puede cubrirse del peligro de posteriores vicios; así, cuando hace la venta "sin garantía" o bajo otra cláusula semejante. Sin embargo, estas cláusulas no lo libran de responsabilidad en caso de que hubiere ocultado dolosamente el vicio; la cláusula de exoneración sería nula.

Hay en el cód. civ. alemán un precepto de carácter general. Es el § 138, que dice:

"Es nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres; y, en particular, aquél por el cual, explotando cualquiera la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o dar por él o por un tercero, en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan al valor de esta prestación, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella".

Empero, no es sólo esta disposición la utilizable cuando el vendedor actuó dolosamente, sino la del § 476:

“La convención por la que el vendedor renuncie o restrinja la obligación de garantía por vicios, será nula cuando aquél haya disimulado dolosamente los vicios”.

La responsabilidad del vendedor existió en este caso, aunque se hubiere cubierto con la cláusula de que la venta se hace “sin garantía”.

Tratándose de la venta de ganados hay una limitación de la responsabilidad. No se responde, además, por todo vicio, sino por los enumerados en una tabla y que son denominados “vicios principales”. Asimismo, la responsabilidad del vendedor se produce si el vicio se manifiesta dentro de determinado plazo: 14 días (88 ter), que es el llamado de garantía. En este término el comprador está obligado a denunciar. Véase los §§ 481 a 492 del BGB sobre venta de ganados, en que otros caracteres son: a) Sólo hay lugar a la redhibición y no a la reducción, que importa indemnización de daños y perjuicios y entrega de una cosa equivalente (sustitutivo); y b) el plazo prescriptivo es todavía más breve, ya que se reduce a seis semanas.

75b.— *La doctrina de los vicios de hecho en la legislación italiana.* Nos limitaremos, en este campo, a reproducir los dispositivos del cód. civ. de Italia de 1942:

1490. “Garantía por los vicios de la cosa vendida.— El vendedor está obligado a garantizar que la cosa vendida está inmune de vicios que la hagan inidónea para el uso a que está destinada, o que disminuyan en modo apreciable su valor”.

“El pacto por el cual se excluye o se limita la garantía, no tiene efecto si el vendedor ha ocultado de mala fe al comprador los vicios de la cosa”.

1491. “Exclusión de la garantía.— No se debe la garantía si en el momento del contrato el comprador conocía los vicios de la cosa; igualmente, no se debe si los vicios eran fácilmente reconocibles salvo, en este caso, que el vendedor haya declarado que la cosa estaba exenta de vicios”.

1492. “Efectos de la garantía.— En los casos indicados por el art. 1490 el comprador puede demandar, a su elección, la resolución del contrato, o bien la reducción del precio, salvo que, por determinados vicios, los usos excluyan la resolución”.

(88 ter) Consúltase J. W. HEDEMANN, *Derecho de obligaciones*, vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, § 32, V), p. 258 ss. Véase también ENNECERUS, II, 2, p. 63.

"La elección es irrevocable cuando se hace con la demanda judicial".

"Si la cosa entregada ha perecido a consecuencia de los vicios, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato; si, por el contrario, ha perecido por caso fortuito o por culpa del comprador, o si éste la ha enajenado o transformado, no puede pedir más que la reducción del precio".

1493. "Efectos de la resolución del contrato.— En caso de resolución del contrato, el vendedor debe restituir el precio y reembolsar al comprador los gastos y los pagos legítimamente hechos para la venta".

"El comprador debe restituir la cosa, si ésta no ha perecido a consecuencia de los vicios".

1494. "Resarcimiento del daño.— En todo caso el vendedor está obligado frente al comprador, al resarcimiento del daño, si no prueba haber ignorado sin culpa los vicios de la cosa".

"El vendedor debe resarcir, además, al comprador los daños derivados de vicios de la cosa".

1495. "Términos y condiciones para la acción.— El comprador decae del derecho a la garantía, si no denuncia los vicios al vendedor dentro de los 8 días de haberlos descubierto, salvo el término diverso establecido por las partes o por la ley".

"La denuncia no es necesaria si el vendedor ha reconocido la existencia del vicio o la ha ocultado".

"La acción prescribe, en todo caso, al cabo de un año a contar de la entrega; pero el comprador que sea demandado por la ejecución del contrato, puede siempre hacer valer la garantía con tal que el vicio de la cosa haya sido denunciado dentro de los ocho días a contar del descubrimiento y antes de que haya transcurrido un año desde la entrega".

1496. "Venta de animales.— En la venta de animales la garantía por los vicios se regula por las leyes especiales, o, en su defecto, por los usos locales. Si tampoco éstos disponen, se observan las normas que anteceden".

1497. "Falta de calidad.— Cuando la cosa vendida no tiene las calidades prometidas, o bien aquellas esenciales para el uso a que está destinada, el comprador tiene derecho a obtener la resolución del contrato según las disposiciones generales sobre la resolución por incumplimiento, siempre que el defecto de calidad exceda de los límites de tolerancia establecidos por los usos".

“Sin embargo, el derecho de obtener la resolución está sujeto a la decadencia y a la prescripción establecidas por el art. 1495”.

Asimismo, respecto a los vicios de hecho deberá tenerse en cuenta el art. 2922, que se encuentra ubicado en el capítulo del cód. italiano que trata de la ejecución forzada. Dice el 2922:

“Vicios de la cosa. Lesión.— En la venta forzada no tiene lugar la garantía por los vicios de la cosa”.

“La misma no puede ser impugnada por causa de lesión”.

CAPITULO XVII

EVICCIÓN Y SANEAMIENTO

76.—*Definición de evicción.*— Es el despojo jurídico que alguno sufre de una cosa que había justamente adquirido por título oneroso.

En otras palabras: es el abandono que el adquirente tiene que hacer de la cosa, en todo o en parte, por virtud de sentencia judicial dictada a instancia de quien resulta ser su legítimo dueño.

También se da el nombre de *evicción* a la seria amenaza de ese mismo despojo, a la sentencia que lo ordena, y aun a la demanda que se interpone para obtenerlo.

La palabra *evicción* corresponde a la idea de *vencimiento en juicio*. Y ese mismo significado fluye de su etimología: del latín: *evictio*; de *evincere*, que es *vencer*.

No hay que confundir *evicción* con *saneamiento*. Son conceptos diferentes, aunque están íntimamente relacionados entre sí.

En la evicción hay tres ideas o situaciones jurídicas; a saber:

1.—El *acto de la evicción*, que tiene por sujeto que acciona al verdadero dueño de la cosa que, habiendo pasado sin su consentimiento a poder de otro que la posee a título oneroso, pide en juicio que le sea devuelta. Este es el juicio de reivindicación.

2.—La *acción de evicción*, que corresponde a quien estaba poseyendo la cosa en virtud de dicho título; y

3.—La *obligación de prestar la evicción* que por virtud de la antedicha acción civil trata de exigirse de aquel que, no siendo dueño de la cosa, la transmitió a otro, recibiendo de este otro su valor. Ese es el vendedor, en la mayoría de los casos.

El *acto de evicción* se da en la siguiente forma: El dueño de una cosa que ha sido enajenada a tercero sin noticia o consentimiento suyo, puede reclamarla judicialmente del que la compró, entablado la acción *reivindicatoria* que indudablemente le asiste. Vencido el comprador en el juicio, volverá la cosa al poder del actor. El demandado es despojado de la cosa; este demandado es frecuentemente el comprador; y en virtud del despojo vuelve la cosa al poder de su verdadero dueño, que es quien ejercitó la acción *reivindicatoria*.

Quienes deben la garantía por evicción no pueden reivindicar. Así, quienes heredan y pretenden reivindicar la cosa que les pertenece, que fue vendida a tercero, por el heredero aparente.

Al respecto, hay un principio que reza: "*Quem de evictione tenet actio; eundem agentem repellit exceptio*", por el cual el comprador (tercero), mediante una excepción, rechaza la evicción que pretende quien está obligado a responder de la evicción misma.

Tiene lugar la evicción en la compraventa cuando el comprador es privado, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada; sin que quepa en caso alguno exigirse el saneamiento hasta que haya recaído dicha sentencia firme condenando al comprador a la pérdida de la cosa adquirida o de parte de la misma. Se dice que antes del pronunciamiento de la sentencia, la acción de saneamiento es prematura.

Consideran otros autores que procede la citación de evicción, aún cuando la acción entablada no persiga la propiedad ni la posesión de la cosa vendida, si tiende nada menos que a anular el título.

El saneamiento por evicción presupone que la cosa que se ha vendido es ajena. Ello es aparte de la acción de anulabilidad que franquea el art. 1394 del cód. civ. Y, además el comprador tiene una acción de resolución (o rescisión, según nuestra habla jurídica) basada en el art. 1341 del mismo cód. civ., que autoriza a resolver todo contrato bilateral cuando una de las partes no cumple la obligación que le respecta; en caso de haber el riesgo de evicción resulta evidente que el vendedor no cumplió con transmitir el derecho de propiedad sobre la cosa vendida, a lo que estaba obligado por la venta. Aún antes de ser demandado, el comprador ha descubierto que la cosa que compró es ajena.

El vendedor responde por la evicción independientemente de su culpa. Se trata de una responsabilidad objetiva o sin culpa. Con más amplitud responderá el vendedor por la evicción del comprador, si incurrió en culpa.

En la venta aleatoria, o sea en la venta a riesgo y peligro del comprador, se excluye el saneamiento por evicción. El vendedor no debe ninguna garantía, a no ser que la evicción se deba a hecho propio de dicho vendedor. V. g., el vendedor turba la posesión del comprador, o promueve reivindicación.

Si la cosa ha perecido antes de la venta, el contrato es nulo por falta de objeto. Sin embargo, algunos admiten la validez del contrato en caso de venta aleatoria. Véase art. 1390 cód. civ.

La exposición de motivos del cód. vigente, al referirse a saneamiento, dice:

“Los Títulos 4º y 5º se ocupan, respectivamente, de los vicios redhibitorios y de la evicción y saneamiento. Ambos asuntos aparecen imperfectamente tratados por el código anterior en el título de la compra-venta. El proyecto destaca las dos materias que no son peculiares a dicho contrato”.

“En el Título 4º hemos incorporado una disposición tomada del Proyecto franco-italiano de Código de Obligaciones y Contratos. Esta fórmula cubre la garantía a que tiene derecho el comprador en la compra-venta de maquinaria y accesorios y constituye una nueva forma de garantía que se asimila a la proveniente de los vicios redhibitorios (se refiere al art. 1369 del C. C. del 36)”.

Si el comprador ha sido desposesionado de la cosa, que había adquirido mediante el pago de su valor o precio, no sería justo que este comprador perdiera a la vez la cosa y el precio, lucrándose con el precio torticeramente (enriquecimiento ilícito) quien se la hubiera vendido sin poder hacerlo, porque no era su dueño. Por entenderlo así es que la ley le concede a este comprador desposesionado la *acción de evicción*, por la que pide que el vendedor sea citado (*citación de evicción*), a fin de que a sus costas defienda en juicio la legitimidad de la venta; y en caso que la defensa que hiciera este vendedor que no fue dueño resulte infructuosa, como lo será en casi todos los casos (salvo que la hubiere prescrito el adquiriente), dicho vendedor quedará obligado, si es ordenado el despojo, que le restituya al comprador el precio recibido y que le indemnice los perjuicios

que hubiera sufrido en razón de la desposesión. Esta última nota es la *obligación de prestar la evicción*, o sea, el *saneamiento*.

En resumen, hay dos notas esenciales en este instituto:

La *evicción*, que es el hecho de perder el adquirente y recuperar el dueño, en virtud de su derecho de dominio anterior a la enajenación que al adquirente servía de título, la cosa que éste se hallaba poseyendo.

Y el *saneamiento*, que es la obligación que se impone al que hizo la enajenación, o sea, al vendedor, de devolver al adquirente el precio de la cosa enajenada, e indemnizarle también los gastos y los daños y perjuicios que en razón de la evicción se le hubieren ocasionado (88 quater):

De aquí se desprende lo siguiente:

La *evicción* se produce a consecuencia de la acción reivindicatoria.

El *saneamiento* tiene lugar a consecuencia de la evicción.

La *evicción* afecta como sujeto al poseedor de la cosa, al adquirente de la cosa, a quien la compró, o la permutó, o se la dieron en pago, etc.

El *saneamiento* incide en el enajenante de la cosa, en el vendedor de la cosa; cuya venta hizo sin ser dueño de ella.

Con estas ideas, que se ha tratado de explicar lo más claramente que ha sido posible, quedan determinados los conceptos de *evicción* y *saneamiento*. Se aclara también el sentido de las frases tan usuales como son: "*citar de evicción*"; "*salir a la evicción*"; "*prestar la evicción*"; "*estar tenido a la evicción*", que equivale a: "*estar obligado a la evicción*"; "*responder de la evicción*"; "*estar a la evicción*".

También se considera el *saneamiento* en otro sentido: Como la obligación en que está el vendedor de responder de los vicios ocultos que tenga la cosa vendida, rebajando una parte proporcional del precio, pero no si accede a rescindir el contrato y

(88 quater) Un estudio completo de esta materia ha publicado SALAS Acdeel Ernesto, que llama "Garantía contra la evicción", en "Jurisprudencia Argentina", año 1942, tomo I, p. 625 ss., en que sienta el principio de que las obligaciones de un enajenante no terminan con la realización de la transferencia, sino que frente a quien le adquirió ese derecho y sus sucesores, se encuentra obligado a garantizar contra la evicción.

Adviértase que no le llama "saneamiento por evicción", sino "garantía por evicción". Observa que en la raíz de "garantía" están los conceptos de asistencia y defensa; que esta palabra viene de "weerer", vocablo del antiguo alto alemán, que entraña suministrar caución, dar asistencia; y que "Weerer" viene de la raíz sánscrita "var", cuyo significado es el de proteger, cubrir.

Otro estudio digno de consulta es el de LOPEZ DOMINGUEZ Alfonso, llamado "La defensa de evicción.— Su fundamento y arraigo en nuestra ley civil", publicado en Re-

abonar al comprador los gastos que pagó. Esto último no importa saneamiento.

Trataremos de explicar más ampliamente este concepto del saneamiento.

77.—*Definición de saneamiento.*— En todo acto de carácter oneroso —en el que cada prestación se hace en vista de la prestación que hace la otra parte (condición resolutoria)— está implícita la obligación de garantía, llamada también de saneamiento.

La obligación que importa el *saneamiento* es correlativa al derecho que tiene cada contratante para tratar de hacer efectiva la prestación que debe su contratante contrario. El derecho a que se le sanee la prestación que recibe lo tiene el acreedor que a su vez, es deudor de su prestación.

Acontece que cuando se quiere hacer efectiva la prestación que le debe el contratante contrario se oponen *vicios jurídicos* y *vicios de hecho*.

Vicios jurídicos significan la carencia en el transmitente de los derechos que aparentó transmitir.

Vicios de hecho significan la carencia en la cosa de las cualidades que parecía reunir y en consideración a las cuales fue adquirida y se dio por ella un precio.

Los *vicios jurídicos* pueden dar lugar a la *evicción* y, por consecuencia de ella, a la obligación de sanear.

Los *vicios de hecho*, cuando son ocultos, pueden dar lugar al ejercicio por el adquirente de las acciones *redhibitoria* y *de quanti minoris*.

La obligación de sanear no sólo se da en la compraventa, sino en multitud de contratos e institutos, siempre que sean onerosos; y se considera prematura demandarla antes de que se pronunciara sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en el juicio de reivindicación.

vista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1952, año XIV, núms. 70-71, p. 21 ss., para quien la garantía de evicción tiene su fundamento en la justicia conmutativa y su respaldo final en los principios básicos del derecho: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. El principio conmutativo supone que si un bien sale de un patrimonio para enriquecer a otro patrimonio, de éste último ha de salir otro bien para enriquecer al primero. Si se rompe ese equilibrio se lesiona el principio de justicia conmutativa.

Para el concepto que sobre evicción existió en la edad media, véase un corto artículo de RICCA-BARBERIS Mario, "Diversas especies de evicción", traducido en el Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, año IV, setiembre-diciembre 1951, N° 12, p. 55 ss.

Se acepta que el juicio de saneamiento contra el vendedor es lógicamente posterior al juicio de reivindicación en que el comprador es vencido y pierde la posesión de la cosa vendida. Sin embargo, para hacer efectiva, cuando corresponda, la obligación del vendedor al saneamiento, impuesta por la ley del contrato o por el art. 1370 de nuestro cód. civ., es indispensable que se le cite de evicción dentro del término y en la forma establecida por la ley procesal civil, sin que el comprador, inquietado en la posesión pacífica de la cosa por la acción de un tercero, pueda convertirse en demandante del vendedor para reclamarle el saneamiento en un pleito en que ambos figuran como contendientes del primere con el carácter de demandados, ya porque el saneamiento no puede exigirse hasta que recaiga sentencia firme en la que se condene al comprador a la pérdida total o parcial de la cosa, ya porque tal duplicidad de juicios no se halla autorizada.

Mediante la citación de evicción se reúne dos juicios en una sola instancia: el del que se dice propietario y, por eso, reivindicar, con el actual poseedor de la cosa, y el de éste con su vendedor, por los daños y perjuicios a que tendría derecho en la hipótesis de ser despojado del inmueble.

Nosotros seguimos al Derecho Romano, en cuanto la evicción y saneamiento se da en todas las transferencias a título oneroso, ya de cosas o de derechos.

No habrá lugar al saneamiento por evicción de la cosa si ésta se debe a la inacción del evicto.

La evicción no sólo se da cuando existe desposesión a causa de un fallo judicial, sino cuando, en general, existe turbación o perjuicio que sufrió el que tiene la cosa.

La citación de evicción se da cuando alguien reclama la propiedad, el goce o la posesión de la cosa al demandado; y el saneamiento aparece cuando se ha sido vencido en juicio.

En todo contrato de compra-venta, por ejemplo, está implícita la garantía de evicción y consiste en que el vendedor garantiza la pacífica posesión y goce de la cosa al comprador.

El saneamiento por evicción se justifica porque el enajenante no ha cumplido con sus obligaciones; en que el comprador, v. g., tratándose de la venta de una cosa, no ha conseguido ser dueño de la cosa vendida, porque el vendedor no le transfirió el dominio, no obstante que es de la esencia de la venta la obligación por éste de transferir la propiedad, según el art. 1383 cód. civ. Esta es obligación medular del contrato.

Se debe el saneamiento a causa de la bilateralidad del contrato; en razón de ser éste sinalagmático. Quien enajena no procura al adquirente el derecho que debería haber transferido.

La garantía no se debe por la negligencia o el dolo del enajenante. Puede éste no haber cometido culpa alguna; y sin embargo es deudor del saneamiento si el adquirente del derecho es eviccionado. Este es uno de los casos de responsabilidad objetiva, de responsabilidad sin culpa. La debe el enajenante pese a que pruebe a plenitud su buena fe.

Según nuestro cód. civ. (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*". Este dispositivo está instalado en el Título Quinto de la Sección Cuarta del Libro Quinto, que se titula "De la evicción y el saneamiento".

Ahora, con el nuevo cód. se ha ampliado el concepto de *evicción*; ya no sólo se circunscribe al contrato de compra venta, sino a todos los contratos a título oneroso.

La evicción, con arreglo a la doctrina imperante, no sólo expresa la idea de una desposesión por causa de una sentencia judicial, sino que tiene un sentido más amplio, comprendiendo toda pérdida, turbación o perjuicio que experimenta quien adquirió la cosa. Así, ahora se aplica al locatario que sólo recibe un derecho personal de uso y goce, y que puede reclamar contra el locador. La adquisición debe ser onerosa, pero no siempre a título traslativo. Debe existir una turbación de derecho y no una turbación de hecho, porque ésta no puede ser garantizada por el enajenante. Además, es necesario que el adquirente ignore el peligro de evicción, porque si lo conoce se presume fundadamente que ha tenido la voluntad de realizar una operación aleatoria, asumiendo por su cuenta el peligro de ser eviccionado.

En el Título Cuarto de las mismas Sección y Libro, llamado "De los vicios redhibitorios", nos encontramos también con el término "*saneamiento*". Y así, el art. 1351 dice: "El enajenante está obligado al *saneamiento* por los vicios ocultos de la cosa, cuya propiedad, uso o posesión transmitió por *título oneroso*, existentes al tiempo de la enajenación, que la hagan inútil para el uso a que se destina; o que disminuyan este uso de tal modo, que a saberlo, el adquirente no habría verificado la adquisición de la cosa, o hubiera dado menos por ella".

Tanto en la evicción como en los vicios redhibitorios, el *saneamiento* procede siempre que se trate de contratos a título

oneroso y en que se transmita la *propiedad*, el uso o la *posesión* de las cosas.

El saneamiento para el caso de evicción se refiere a los *vicios jurídicos*.

El saneamiento para el caso de los vicios redhibitorios se refiere a los *vicios de hecho*. Y, además, el artículo requiere otra nota esencial: que los vicios existan al tiempo de la enajenación.

El art. 1370 del cód. civ. contiene la misma doctrina que los arts. 575 y 1415 del cód. civ. de 1852. El primero de ellos decía: "Está obligado a la evicción y saneamiento el que enajena algo por título oneroso, como en la venta, permuta, pago, dote necesaria, transacción, etc." Y el segundo precepto declaraba: "Aunque no se hayan estipulado en el contrato la evicción y el saneamiento, está el vendedor sujeto a ellos".

Incidentalmente, en el dictamen fiscal, por cuyos fundamentos se dicta la sent. de 15 de mayo de 1877 (88 quinquies), se declara que la obligación de evicción y saneamiento es de ley, y funciona aún en el caso de que el vendedor no la estipule en el contrato. (*El juez de la Instancia fue el doctor don Clemente Peralta*, nombre que para el autor tiene especial significación, porque era su abuelo).

En la sent. de 23 de junio de 1936 (88 sexies), se establece que todo el que enajena una cosa a título oneroso contrae la obligación de defender al adquirente, en la quieta y pacífica posesión de ella. La obligación del vendedor de salir a la defensa, no importa que el citado debe necesariamente comparecer en juicio, porque siendo ésta una obligación de hacer, no puede ser forzado a ejecutarla por la violencia; esa citación, empero, es ineludible, a fin de que el vendedor quede sujeto a los efectos del juicio.

En los bienes muebles la garantía por evicción normalmente no se presta, porque el adquirente de buena fe, a título oneroso, puede, por aplicación del art. 890 del cód. civ., rechazar la acción reivindicatoria del dueño.

Sin embargo, el adquirente de buena fe puede perder el bien mueble si se trata de cosa robada, hurtada o perdida, o que ha sido enajenada por el sistema de ventas a plazos (2º párrafo del art. 890 del cód. civ.). Aún cuando hubiere sido adqui-

(88 quinquies) "A. J.", 1876-1889, p. 126 ss.
(88 sexies) "R. de los T", 1936, p. 175.

rida originariamente mediante robo, hurto o pérdida, la cosa mueble será irreivindicable del poseedor de buena fe, que la hubiere comprado en almacén o tienda abierta al público, conforme a la doctrina del art. 85 del cód. de com.

Asimismo, si quien compró la cosa mueble, o la adquirió por virtud de otro contrato oneroso, es demandado para su restitución, por haberse rescindido el contrato de compra-venta por virtud del cual la adquirió quien se la enajenó, no está obligado a devolverla; por tanto, no puede perder ni su posesión, ni su derecho de propiedad. No funciona, tratándose de muebles, la regla "*resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*", siempre que además del derecho de propiedad, el último adquirente tenga la posesión de la cosa. Esta doctrina se desprende del art. 1416 del cód. civ.: "La rescisión de la venta de cosas muebles ya entregadas, cuyo precio no se pagó ni afianzó, no perjudica al tercero que las hubiese adquirido con buena fe del primer comprador, siempre que las tenga ya en su poder". No es feliz la redacción de este precepto por cuanto la transferencia al subadquiriente deberá haberse operado por razón de un contrato a título oneroso. La resolución del contrato que transformó en dueño al enajenante, por no haber éste cumplido con pagar el precio de la cosa mueble vendida, no afecta al actual poseedor que hubiere obtenido la posesión a título oneroso.

Sobre la situación del adquirente de buena fe, que es, a la vez, poseedor del bien mueble, y su aptitud para rechazar la acción reivindicatoria del propietario, consúltese a PAVONE LA ROSA Antonio, quien ha escrito un ensayo titulado "*Se l'acquirente di buona fede di un bene mobile abbia diritto alla garanzia per evizione*" (88 septies).

Por lo general, la evicción no es frecuente en la venta de cosas muebles, ya que el comprador de buena fe se defiende con éxito del reivindicante y no se percibe por qué se dirija contra el vendedor exigiéndole la garantía de evicción, si puede evitar, por sus propios medios, ser eviccionado.

Tratándose de cosas muebles identificables la regla del art. 890 del cód. civ., de que la posesión vale el título, no opera, razón por la que el adquirente a título oneroso, de una de estas cosas muebles, no podría rechazar con éxito la acción reivindicatoria. V. g., para la transferencia de los vehículos loco-

(88 septies) En Rivista del Diritto Commerciale, Año XLVII, parte seconda, 1949, p. 320 ss.

móviles se exige no sólo las facturas, sino la inscripción en el registro de rodaje y la tarjeta de propiedad. Quien adquiere un vehículo sin cumplir estos requisitos, no podría invocar su buena fe, ni menos rechazar la *reivindicatio*, porque compró a quien tenía la posesión del vehículo; por tanto, la citación de evicción a su vendedor se justifica, por ser presumible que será eviccionado.

Normalmente, la evicción es susceptible de darse cuando el vendedor no es dueño de la cosa inmueble, por lo que la reivindicación que promueve el *verus dominus* contra el comprador, priva a éste de la posesión del inmueble y, a la vez, aunque fuese indirectamente, no reconoce el derecho de propiedad que invoca el comprador demandado, con el instrumento (público o privado) en que consta el contrato de compra-venta que debía haberlo convertido en dueño.

De otro lado, la venta de la cosa ajena, es sólo anulable a solicitud del comprador y no del vendedor, según el art. 1394 del cód. civ. No es nula; y para el verdadero propietario franquía la acción reivindicatoria en el caso de que no tuviera la posesión. Si la tiene, carecería de objeto la reivindicación, pero si no es propietario con derecho inscrito en el registro está expuesto a que el comprador inscriba después de que su título tenga una antigüedad de 20 años, que es el tiempo exigido para extender la 1ª de dominio en el registro, según el art. 1046 del cód. civ. Es obvio que la reivindicación promovida por este comprador con derecho de propiedad inscrito habría de triunfar ya que la acción recuperatoria de la posesión (*reivindicatio*) la interpone quien tiene derecho registrado contra quien ostenta un dominio extra-registro. Más seguridad en la victoria de la reivindicación la tendría quien adquirió onerosamente de ese comprador que consiguió inscribir, ya que este adquiriente ostentaría la calidad de tercero del registro, amparado por el art. 1052 del cód. civ.

Ello se debe evidentemente a una falla orgánica o estructural en el sistema de Registro de la Propiedad Inmueble, que se remediaría si a quien pretende inscribir por primera vez en el Registro, se le exige no sólo títulos por un período no interrumpido de 20 años, sino una copia certificada de la ya desaparecida diligencia de misión en posesión, o de la sentencia pronunciada en el correspondiente interdicto de adquirir.

También en la locación-conducción puede darse la evicción del arrendatario y a este supuesto se refiere el inc. 2º del art.

1531 del cód. civ. que dice: "Se acaba el contrato de locación: Por ser vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía". El locador puede ser también un arrendatario que subloca. Además, el contrato no había de acabarse si el conductor arrendó de quien aparecía como dueño en el registro e inscribió el arrendamiento. Podría, sin embargo, argüirse que la locación no es un derecho real, sino personal, por lo que no sería de aplicación el art. 1052 del cód. civ.; pero debe también tenerse en cuenta que con la inscripción del contrato, éste ha adquirido cierta realidad, que lo torna oponible *erga omnes*; así, en caso de venta, el comprador deberá respetar la locación (art. 1515 cód. civ.); y goza de preferencia frente a otro arrendatario, aunque éste ya posea la cosa locada (art. 1505 cód. civ.).

Aunque especialmente se presta la evicción en el contrato de compra-venta, del que es una circunstancia natural, por lo que no hace falta que en la escritura se estipule expresamente—cabiendo, no obstante, estipular que no se prestará, por no ser circunstancia *esencial* del contrato—, tiene lugar, en general, en todas las adquisiciones onerosas, cuando al que recibió alguna cosa se le quita o embaraza jurídicamente su uso por un tercero en virtud de causa anterior al contrato; no así en las adquisiciones lucrativas o liberalidades.

Según el Diccionario de ESCRICHE (88 octies) y con referencia, naturalmente, a la legislación anterior al cód. civ. español, la evicción tiene lugar, aparte de los casos de venta, en los siguientes:

1.—En los cambios o permutas, debiendo los contratantes sanearse mutuamente las cosas permutadas.

2.—En la dación en pago de deuda, ya que puede considerarse como verdadera venta.

3.—En los arrendamientos.

4.—En la enfiteusis.

5.—En la dote estimada o necesaria, procedente de promesa obligatoria.

6.—En las transacciones o concordias, no con respecto a las cosas que son objeto de la transacción, sino con respecto a las que una de las partes diere a la otra para que consienta en la transacción.

(88 octies) ESCRICHE Joaquín, Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, ed. 1876, p. 667 s.

7.—En las particiones de herencias, pues si un heredero se viere despojado, en virtud de causa anterior a la partición, de alguna de las cosas que se le adjudicaron por sentencia de juez o por unánime voluntad de los coherederos, podrá intentar contra ellos la acción de evicción para que salgan al saneamiento, porque la división de herencia se considera cierta especie de permuta (lo mismo que en nuestro derecho civil actual; basta leer el art. 922 del cód. civ); pero si el mismo testador hubiese dividido sus bienes entre sus herederos, no tendría acción ninguno de ellos contra los otros para exigirles el saneamiento en caso de evicción de alguna de las cosas pertenecientes a su parte, a no ser que constare que el testador quiso la igualdad entre sus herederos, o que por negarse el saneamiento quedase el hijo, en general, el heredero forzoso, perjudicado en su legítima.

8.—En la división de la cosa que es común a dos o más personas por contrato, por última voluntad o por otra razón. Añade el propio autor que en las adquisiciones por título lucrativo no compete por lo regular la prestación de la evicción: "Así es que no se debe en la donación meramente gratuita o simple, a no ser que el donador la hubiese hecho con dolo y el donatario tuviese gastos por esta causa, o que expresamente se hubiese prometido el saneamiento". Tampoco tiene lugar en el legado de una cosa determinada y específica que creyó el testador era suya. Pero compete siempre que el que adquirió por título lucrativo tuviere derecho para pedir de nuevo la cosa que le hubiere sido quitada o su equivalente; y así el legatario de una cosa genérica podrá pedir otra al heredero si se le despojare por evicción de la cosa que éste le había dado.

El que pierda por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dio en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar del derecho de recuperar la cosa que él entregó, mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos sobre ella con buena fe por un tercero. Así lo dice el cód. civ. español en su art. 1453.

El donatario se subroga en todos los derechos y obligaciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Éste, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donador hasta la concurrencia del gravamen (art. 1471 del cód. civ. peruano).

78.—*Conceptos generales.*— Hemos expresado que la evicción no es privativa del contrato de compra-venta; funciona en todos los contratos onerosos, conmutativos, en que se trasfiere el dominio o la posesión de las cosas.

La evicción es la pérdida que el poseedor sufre, en todo o en parte, de la cosa que ha adquirido, por virtud de una sentencia que viene a garantizar a un tercero titular de un derecho preexistente sobre ella. Se pierde la posesión; no la propiedad.

En la sent. de 1º de setiembre de 1932 (88 nonies) se declaró infundada una demanda de saneamiento por evicción, por que ésta procede cuando el comprador ha sido eviccionado. El señor Fiscal textualmente expresaba "...la acción intentada es improcedente, porque la evicción procede cuando quien intenta ejercitarla, ha sido citado en juicio sobre la propiedad de la cosa comprada, para que el comprador la defienda o pague su valor si se pierde". En el caso que el fallo examina, la demanda de saneamiento se había interpuesto contra el vendedor porque en un juicio de división y partición, en el que no habían sido parte ni comprador ni vendedor, se había mandado que el comprador entregara la tercera parte del terreno comprado. Ningún fallo puede ejecutarse contra quienes no han intervenido en el juicio en que se ha pronunciado. La acción de saneamiento se había promovido por quien había vendido el terreno al actual poseedor, y contra aquel a quien, en su día, se lo había comprado. Ni siquiera se había presentado la demanda de reivindicación contra el último comprador.

No sólo existirá evicción —se dice— cuando en virtud de una acción reivindicatoria el adquirente pierde la cosa o parte de ella, sino cuando dicho adquirente es obligado a satisfacer un crédito al acreedor garantizado con hipoteca sobre el bien que ha adquirido. Esto es cuestionable en nuestro derecho, como se verá más adelante.

Empero, si se produce la reivindicación de una servidumbre que grava el inmueble adquirido, no se puede decir que el adquirente hubiese sufrido evicción. La servidumbre no impedirá al adquirente poseer el inmueble; sólo le disminuirá su valor. Habrá entonces una acción de garantía por vicios ocultos (art. 1361 cód. civ.). En nuestro sistema, si la servidumbre es aparente no habrá acción por vicios ocultos.

(88 nonies) "R. de los T.", 1932, p. 232 ss.

Si quien adquirió la cosa se da cuenta después de que tenía sobre ella un derecho preexistente que le concedía su posesión, el enajenante deberá indemnizarlo; pero no habrá evicción porque el adquirente no se puede privar de la cosa a sí mismo.

La acción de saneamiento por evicción es contractual; no es una acción accesoria. Quedará obligado a prestarla el enajenante, aunque no la hubiere asumido expresamente (art. 1370 cód. civ.). La garantía por evicción opera de pleno derecho; y subsistirá aunque el adquirente, a fin de evitar una evicción cierta, otorgue al reivindicante determinadas ventajas para que se desista.

Otra característica muy importante es que la evicción, la desposesión de la cosa, se producirá también en las ventas judiciales. La venta en pública subasta no impide que la cosa sea reivindicada por su verdadero dueño (es claro que esto será imposible dentro de la teoría de los registros públicos, cuando la cosa vendida hubiera estado inscrita a nombre del ejecutado y el derecho del reivindicante no apareciera del registro). Pues bien, la obligación de prestar el saneamiento para el caso de evicción en las ventas forzadas hechas por la autoridad judicial, sólo se limita a restituir el precio que produjo dicha venta forzada (art. 1382 del cód. civ.)

Los sucesores universales, adquirentes a título gratuito, tienen contra el enajenante el derecho de garantía que en su día tuvo su causante. Asimismo, también lo tienen los sucesores a título lucrativo, pero sucesores singulares; y entre estos últimos se encuentran el donatario y el legatario. El donante tiene interés moral en que la donación sea eficaz; por lo mismo, el art. 1471 cód. civ. preceptúa que "el donatario tiene todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante". Es decir, si bien el donatario no puede exigir del donante la garantía de evicción, puede demandarla de aquel que le transmitió el bien al donante a título oneroso.

No habrá lugar a evicción si el adquirente fue privado de la cosa no judicialmente, sino por caso fortuito, o por robo o hurto, o si sabía que la cosa era ajena o litigiosa. (Hay legislada la venta de cosa litigiosa: art. 1395, § 2º cód. civ.). Nadie responde de los efectos del *casus*, aún si éste ocurre después de demandada la reivindicación pero antes que la privación se hubiere producido.

La acción por evicción habrá de prosperar no obstante que el enajenante fuere de buena fe. Es indiferente que crea ser el dueño de la cosa que hubiere transmitido.

En resumen: la entrega de la cosa vendida no agota las obligaciones del vendedor. En la venta es necesario transferir el derecho de propiedad sobre la cosa vendida; y si el vendedor no lo tiene, es incuestionable que es responsable.

En el contrato de locación, el locador está obligado a transferir la posesión inmediata, porque se sobreentiende que tiene derecho de propiedad sobre la cosa que arrienda, reteniendo la posesión mediata.

La evicción la debe el enajenante aunque fuere propietario de la cosa; por ejemplo, si el adquiriente es obligado a pagar un gravamen hipotecario que no lo priva de la propiedad ni de la posesión de la cosa adquirida. También habrá evicción si el adquiriente es preferido a otro adquiriente de la misma cosa. Sin embargo, no alcanzamos a percibir cómo dentro de nuestro sistema de registro, el comprador puede ignorar un gravamen hipotecario. No existen para el comprador más hipotecas que las inscritas. Ni aún el adquirente a título oneroso de un inmueble no inscrito responderá de hipoteca no registrada. Véase, sin embargo,, art. 1019 cód. civ.

La garantía por evicción puede ser disminuída o atenuada por voluntad de las partes, siempre que no exista dolo del enajenante.

En la jurisprudencia española encontramos estas decisiones (88 decies):

Para que tenga lugar la evicción y el saneamiento, tanto en la compra y venta como en los demás contratos en que proceda, es necesario que se ejercite directamente la acción contra la persona que se obligó, o sus herederos, o contra aquellos de quien traen causa los demandantes.

Expresándose en la escritura de venta que se vende la finca libre de toda carga y gravamen, debe responder el vendedor al comprador de la evicción y saneamiento.

Las leyes que tratan de la evicción, dejan al vendedor, aunque sea citado a debido tiempo, la facultad de presentarse o no en juicio a defender al comprador, si bien quedando responsable a indemnizar a éste, no solamente del precio de la cosa en proporción a la parte de ésta de que sea privado por sentencia

(88 decies) Enciclopedia Jurídica Española, t. XV. F. Selx, editor, Barcelona, p. 266

judicial, sino también de todos los daños y perjuicios que por tal motivo se le hubiesen irrogado.

Ya sea el poseedor de la cosa litigiosa demandante o demandado, siempre es eficaz su derecho para que el vendedor le eviccioné y sanee la cosa vendida y sobre la cual se le mueve pleito o se le eleva alguna mala voz.

Los requisitos que han de preceder al ejercicio de la acción de evicción y saneamiento sólo tienen lugar y deben observarse cuando es un tercero el que inquieta, perturba o demanda al comprador de una cosa, pero no cuando el que practique estos actos sea el vendedor de ella, pues en este caso procede y puede usarse desde luego la referida acción sin exigir previamente el cumplimiento de aquellas disposiciones, porque sería inútil requerir y citar para la defensa al mismo que causaba la perturbación.

La obligación de sanear al comprador la cosa vendida cuando se le prive de ésta en virtud de sentencia judicial a instancia de un tercero, es de aquellas que se transmiten a los herederos.

La acción de saneamiento, como personal, debe ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado, y no ante el del que conoció el pleito en que tuvo lugar la citación de evicción y saneamiento.

Cuando del contrato resulta comprada la universalidad de los bienes de una compañía, la evicción y saneamiento sólo tiene lugar si los compradores fuesen demandados y vencidos en juicio por la totalidad o la mayor parte de las cosas compradas.

El adquirente a título oneroso o, más frecuentemente, el comprador tiene derecho a reclamar del enajenante o vendedor, en el caso de ser eviccionado, lo siguiente:

1º La restitución o devolución del precio que diera por la cosa de la que fue desposeído;

2º Los frutos, si fue condenado a devolverlos con la cosa;

3º Las costas del juicio de saneamiento contra el enajenante y las del juicio en que fue vencido. Así dice el inc. 3º del art. 1374 del cód. civ. Hay que explicarlo: Se trata del juicio de saneamiento que inicia el adquirente contra el enajenante y en el que le reclama el precio que diera, los frutos que produjo la cosa y los impuestos y gastos del contrato de compraventa en que se le transmitió la propiedad de la cosa. Las costas de este juicio de saneamiento son las que deberá pagar el enajenante. Y también deberá pagar las costas del juicio de reivin-

dicación que entabló el verdadero dueño y en virtud del cual se produjo sentencia que desposesionó al adquirente; y

4º Los impuestos y gastos del contrato. Ya dijimos que son los impuestos y gastos de notario, por ejemplo, del contrato en que se le transfirió la propiedad, la posesión o el uso de la cosa al adquirente (art. 1374 del cód. civ.).

También puede pedirle las mejoras que hubiera hecho en la cosa el adquirente y que no las abonó el reivindicante al regresar la cosa a su poder (art. 1378 del cód. civ.).

Además, debemos fijarnos en esta otra cuestión interesante: El inc. 1º del art. 1374 del cód. civ. dice, realmente, "La restitución del precio". Esto es muy amplio y vago. En realidad, el precio que el enajenante está obligado a sanear no es el que dio el adquirente al tiempo de celebrar el contrato, o el que se comprometió a dar, sino el precio que tenga la cosa al tiempo de perderla el adquirente, al tiempo de ser eviccionado (art. 1377 del cód. civ.).

Es requisito fundamental que promovido juicio contra el adquirente (juicio de reivindicación, en este caso) en los casos en que hay lugar a saneamiento, el enajenante está obligado a salir a la defensa y a continuarla hasta la sentencia que cause ejecutoria. Pero para que se cumpla este requisito el adquirente está obligado a hacer citar al enajenante con la demanda de reivindicación entablada (art. 1375 del cód. civ.).

El adquirente no tiene derecho a pedirle al enajenante la obligación de sanear:

1º Si no pidió ni cuidó que se hiciera la citación;

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. No basta que el adquirente hubiera sabido que la cosa que se le vendía era ajena o litigiosa, sino que se requiere también el hecho de que el enajenante no lo sabía, cosa, por lo demás, harto difícil (art. 1376 del cód. civ.).

Como el saneamiento no es requisito esencial de los contratos, pueden los contratantes estipular que el enajenante no quede sujeto a saneamiento. Pueden también pactar la ampliación o restricción del saneamiento (art. 1371 del cód. civ.). Pero aunque se hubiese pactado que el enajenante no quede sujeto a saneamiento, lo estará, sin embargo, al que resulte de un

hecho personal suyo; todo pacto en contrario es nulo (art. 1372 del cód. civ.).

Pero hay otra norma substancial: aunque se hubiere restringido el saneamiento o se hubiere estipulado que el enajenante no quede sujeto a esta obligación, a pesar de esta renuncia, producida la evicción, la desposesión, el enajenante deberá devolver al adquirente el precio que éste le entregara por la cosa, a no ser que dicho adquirente hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose *expresamente* a sus consecuencias. (art. 1373 del cód. civ.).

Si el enajenante procedió de mala fe al transferir la propiedad, el uso o la posesión de las cosas, deberá no sólo devolver el precio, sino que pagará los daños y perjuicios (art. 1379 del cód. civ.).

El adquirente puede pedir la rescisión del contrato, si esta parte es de tal importancia con respecto al todo, que sin ella no la habría adquirido (art. 1380 del cód. civ.).

Si por razón de saneamiento estuviese 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 (art. 1381 del cód. civ.).

La compraventa de cosa ajena no es nula ipso jure. Es sólo anulable, a solicitud del comprador (art. 1394 del cód. civ.). La razón es obvia: el contrato surtió todos sus efectos. Las soluciones legales no pueden ser contrarias a la realidad. No obstante el juicio de nulidad, la evicción puede producirse, por lo que cabe también el saneamiento. Si es mueble la cosa ajena, la venta puede ser válida (art. 890. cód. civ.).

La servidumbre es un derecho real. Está en el Libro Cuarto, de los Derechos Reales.

Es por esto que llama la atención de que la situación de que habla el cód. civ., de que si no se dio noticia al tiempo de contratar de la existencia de servidumbre, esté en el título de los Vicios Redhibitorios y no en la Evicción y Saneamiento. La acción, dentro de los vicios redhibitorios, se extingue a los seis meses (en el derecho comercial, a los 30 días). Si estuviera en la Evicción y Saneamiento, se extinguiría a los veinte años, porque es acción real.

En el derecho hispano, si la finca estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría

adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá también pedir la rescisión del contrato, si no prefiere la indemnización correspondiente, dentro de un año, contado desde el otorgamiento de la escritura; pero si deja transcurrir dicho término sin ejercitar la acción rescisoria o solicitar la indemnización, sólo le será permitido reclamar ésta, debiendo efectuarlo dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre (art. 1483 del cód. civ. español). (En nuestro cód. civ. peruano esto es distinto, pues el art. 1361, que trata del fundo gravado con servidumbres que no están de manifiesto, está instalado dentro de los llamados Vicios Redhibitorios y esto es decisivo para la prescripción, pues la acción para rescindir el contrato o para exigir el saneamiento se le acabará al adquirente a los seis meses desde que le fue entregada la finca, a tenor del art. 1359 del cód. civ.; en cambio, si hubiera sido colocado por el legislador en el título de la Evicción y el Saneamiento, esta sería una acción real, que podría interponerse dentro de los 20 años —art. 1168 - inc. 1º— del cód. civ., y estos 20 años se contarían desde el día en que se descubrió la existencia de la servidumbre, lo que se desprende del art. 1161 de nuestro cód. civ.). Es obvio que si en tal supuesto, como en el de que hubiese enajenado con anterioridad a otra persona la cosa después objeto de la evicción, se estipuló que el vendedor quedaría relevado de toda garantía, tal pacto carecerá de valor, por caer de lleno en la prescripción del art. 1372 del cód. civ. peruano.

78a).—*El problema de las mejoras hechas por el que sufre la reivindicación.*— Declara el art. 1378 del cód. civ. que las “mejoras no abonadas por el reivindicante al que sufrió la evicción le serán pagadas por el enajenante”.

Normalmente, si el reivindicante obtiene éxito en el juicio, deberá pagar las mejoras hechas por quien es eviccionado, ya que éste es, en casi todos los casos, un poseedor de buena fe.

En nuestro derecho, la cuestión es así: el poseedor aún cuando fuere de mala fe probada, tiene derecho no sólo a que se le abonen las mejoras necesarias, sino también las mejoras útiles (pero no las mejoras de recreo). El art. 835 del cód. civ. no distingue entre posesión de buena y de mala fe, mandando que todo poseedor tiene derecho al valor de las mejoras necesarias y útiles.

Sin embargo, si el poseedor hace mejoras útiles después de la citación con la demanda de reivindicación, el actor en caso de

triunfar en el juicio, no habrá de pagarlas; sólo abonará el importe de las mejoras necesarias. Así lo declara el segundo párrafo del art. 835 del cód. civ.

Es para esta hipótesis en que el enajenante deberá satisfacer al eviccionado las mejoras útiles que no le abonó el reivindicante autor de la evicción.

Esta es una de las obligaciones del enajenante a título oneroso, que es susceptible de aparecer en el caso de que quien reivindica no abone el valor de las mejoras útiles, ya que conforme a nuestro derecho, las mejoras necesarias siempre debe abonarlas el reivindicante en el caso de producirse la evicción.

Con respecto al precepto contenido en el art. 1378 del cód. civ., existen en otros códigos las siguientes disposiciones:

Cód. civ. del Brasil:

Art. 1112.— *“As melhorias necessárias ou uteis, não abonadas ao que soffreu a evicção, serão pagas pelo alienante”*.

Cód. civ. francés:

Art. 1634.— *“Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds”*.

Cód. civ. chileno:

Art. 1849.— *“El vendedor será obligado a reembolsar al comprador el aumento de valor, que provenga de las mejoras necesarias o útiles, hechas por el comprador, salvo en cuanto el que obtuvo la evicción haya sido condenado a abonarlas”*.

Cód. civ. de Argentina:

Art. 2120.— *“Debe también el vendedor al comprador, los gastos hechos en reparaciones o mejoras que no sean necesarias cuando él no recibiese, del que lo ha vencido, ninguna indemnización, o sólo obtuviese una indemnización incompleta”*.

Comentando Clovis BEVILAQUA (88 decies) el art. 1112 del cód. del Brasil, expresa que el poseedor que ha sido eviccionado a virtud de una acción reivindicatoria no tendría derecho a ser indemnizado de las mejoras útiles que hubieren sido hechas después de propuesta la reivindicación; que evidentemente no las debería el dueño reivindicante, porque desde entonces el poseedor será considerado como poseedor de mala fe (la citación con la demanda de reivindicación transforma al poseedor en poseedor de mala, según el art. 517 del cód. del Brasil y también conforme al art. 833 del cód. civ. peruano). Pues bien, estas mejo-

(88 decies) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. IV, Rio de Janeiro, 1924, p. 281.

ras debe abonarlas el vendedor, v. g. En otro caso, el reivindicante puede optar entre el valor actual o el valor de costo para pagar las mejoras (tanto según el art. 519 del cód. civ. brasileiro, como también por el art. 837 del cód. civ. peruano). También en esta hipótesis, la diferencia en perjuicio del evicto deberá serle abonada por el alienante.

PLANIOL-RIPERT y Hamel (88 undecies), refiriéndose, en general, a las impensas, informan que su cód. civ. se refiere en este punto, a la descuidada distinción entre vendedor de buena fe y vendedor de mala fe. Si es vendedor de mala fe debe reembolsar todas las mejoras, aún las de recreo y no sólo las necesarias y las útiles. Y deberá el reembolso aún cuando dichas mejoras no hubieren aumentado el valor del bien (art. 1635 cód. francés). Y si el vendedor es de buena fe el comprador sólo puede reclamar el reembolso de "las reparaciones y mejoras útiles", o sea las impensas necesarias y útiles; y sólo en cuanto a esas mejoras el comprador puede elegir entre reclamar el aumento de valor o los gastos realmente efectuados por concepto de mejoras (arts. 1633 y 1634 del cód. civ. de NAPOLEÓN).

Anotan también estos autores que el comprador eviccionado que hubiera hecho gastos necesarios o útiles, tiene derecho a reclamar una indemnización de quien lo venció y eviccionó, por aplicación de los arts. 555 y 2175 del cód. civ. francés. Agregan que el comprador que hubiere hecho esos gastos necesarios y útiles tiene una doble acción de indemnización contra el vendedor que le debe la garantía y contra el autor de la evicción. Y que quien es el auténtico deudor de la indemnización es aquél a quien aprovechan los aumentos de valor y ese no es otro que el autor de la evicción, por lo que es él quien debe indemnizar al comprador. Por consiguiente, el comprador deberá reclamar el importe de las mejoras, o del aumento de valor, en primer término, a quien mediante el juicio eviccionó al comprador. Se dice también por PLANIOL-RIPERT y Hamel que si el comprador descuida reclamar esta indemnización del que lo eviccionó (el demandante, en el proceso reivindicatorio) no podría más tarde conseguir el pago de la suma por el vendedor. Hacen notar lo que textualmente dice el art. 1634 del cód. civ. francés: "El vendedor está obligado a reembolsar o hacer reembolsar al adquirente por el que le vence en evicción"; así, el vendedor resul-

(88 undecies) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, t. X, Cultural S. A., Habana, 1940, Nº 118, p. 116 y s

ta una especie de fiador que tiene un doble papel: en observancia de los arts. 1633, 1634 y 1635, garantiza lo que debe el tercero autor de la evicción del comprador; y con arreglo al art. 555 si el autor de la evicción (o sea el reivindicante) sólo paga al comprador eviccionado la menor de los dos cantidades en razón de las expensas, dicho comprador invocando los arts. 1633, 1634, y 1635, ejercitará su acción de garantía a fin de que el vendedor le pague el mayor valor que se le adeuda. Por ejemplo, si el aumento de valor de la cosa reivindicada es menor que los gastos que realmente hizo el comprador en la cosa y el tercero que eviccionó al comprador sólo ha pagado el aumento de valor, el comprador podrá exigir del vendedor de buena fe, la totalidad de los gastos efectuados en hacer las mejoras necesarias y útiles, y del vendedor de mala fe no sólo la totalidad de estos gastos, sino también de los gastos que hizo en las mejoras suntuarias o de recreo.

79.—*Obligación del enajenante.*— Quien trasmite el dominio, la posesión o el uso de las cosas no sólo contrae la obligación de entregarlas, sino una obligación específica, que es la de responder por la existencia y legitimidad del derecho transmitido; esta obligación se llama "garantía de evicción" (89). Y esa obligación la cumple transmitiendo el derecho de propiedad, el derecho de uso o el derecho de posesión.

De lo que se ha dejado dicho, resulta que la evicción se produce por la desposesión que experimenta el adquirente y el saneamiento comprende la indemnización de los daños y perjuicios que derivan de la desposesión.

La obligación de saneamiento por evicción es de hacer. La intervención del que debe la garantía es también obligación de hacer, para la que no puede emplearse compulsión alguna.

Para que exista evicción se requiere tres circunstancias:

- a) Que se haya producido la privación o turbación del derecho del adquirente:
- b) Que la privación o turbación sobrevenga por causa anterior o contemporánea a la adquisición; y
- c) Que la privación o turbación tuviere lugar por virtud de una sentencia.

(89) RUGGIERO, II, II, p. 340, expresa que no basta la entrega de la cosa para extinguir las obligaciones del vendedor; que éste debe garantizar al comprador la libre y pacífica posesión de la cosa, defendiéndolo de todo ataque de tercero que por vicio de derecho en el vendedor lo prive total o parcialmente de la cosa.

En lo que se refiere a la primera circunstancia, la privación se produce si, por ejemplo, el comprador de un predio pierde la posesión del mismo si un extraño lo reivindica y consigue éxito en la litis. La pérdida puede ser total o parcial. Así, si pierde parte de la cosa, o de sus accesorios, o una servidumbre activa del predio.

En otros derechos se hace también mención de que es evicción la existencia de gravámenes reales, como hipotecarios y anticréticos, los cuales no hubieren sido declarados debidamente en el contrato de enajenación. Pero para nosotros si el adquiriente es a título oneroso no existen más gravámenes que los inscritos y nadie puede pretextar que los ignora, ya que uno de los efectos del registro es la publicidad. Las hipotecas sólo pueden ser opuestas al adquiriente a título oneroso si se encuentran inscritas aunque no se trate de inmueble registrado. No obstante no estar inscrito el inmueble el gravamen hipotecario es susceptible de inscribirse mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial: La hipoteca no inscrita no es tal hipoteca, ya que uno de sus requisitos esenciales es su inscripción, con arreglo al inc. 2º del art. 1013 del cód. civ. En algunos casos, la anticresis no inscrita es exigible. No hay evicción si el adquiriente es a título gratuito; así, la donación, a no ser que sea remuneratoria o con cargos, pero es que en tal caso la donación no es contrato gratuito. Sin embargo, la excepción a esta regla se encuentra en la dote, la que no obstante su gratuidad, todos los que la constituyen se encuentran obligados a la evicción y saneamiento, salvo estipulación contraria (art. 223 cód. civ.). En la hipótesis de inmueble dotal hipotecado el gravamen no inscrito puede exigirse contra la mujer porque es una adquiriente a título gratuito y, sin embargo, quien constituyó la dote debe la garantía de evicción.

También se responde no ya por la privación, sino por la turbación de derecho en la propiedad, en la posesión o en el uso de las cosas que se hubieren transmitido.

La manifestación típica de una turbación de derecho es la de interponer demanda por derecho real o personal contra la cosa y en verdad se trata de un acto preliminar o previo a la desposesión. Por ejemplo, se promueve acción reivindicatoria, o que está destinada a reclamar la existencia de una servidumbre. Para este último caso debe tenerse en cuenta que la adquisición a título oneroso de un inmueble inscrito sólo hace obligatorias para el tercero adquiriente las servidumbres pa-

sivas inscritas, a no ser que se tratase de servidumbres aparentes. Pero si la transmisión inmobiliaria se produce extra-registro, las servidumbres aunque no se hubieren registrado son exigibles del nuevo dueño, por aplicación del adagio "*Nemo plus iuris transferre potest...*". La existencia de servidumbres que no estén de manifiesto se regula dentro de los vicios redhibitorios (art. 1361 cód. civ.).

No basta el temor de sufrir una turbación para que pueda reclamarse la garantía de evicción, aunque existan fuertes presunciones al respecto. Asimismo, las turbaciones de hecho que haga un extraño, sin invocar derecho alguno, no dan lugar a la evicción. Así, si el extraño usurpa parte del fundo, o coge sus frutos, etc.

Otra circunstancia es la de que la privación se produce *por causa anterior o contemporánea a la adquisición*. Esta causa se da si el enajenante no es propietario de la cosa que ha transmitido, por lo que la reivindicación del verdadero dueño habrá necesariamente de prosperar. Quien adquirió la cosa *a non domino* puede pedir la anulabilidad de la venta con arreglo al art. 1394 del cód. civ., o puede esperar la reivindicación cuidando de citar de evicción al enajenante tan luego la demanda de reivindicación le sea notificada (art. 1375 cód. civ.). Sin embargo, esa transmisión efectuada por quien no es dueño de la cosa evidentemente es justo título que le sirve con su buena fe para prescribir decenalmente,

Si el derecho sobreviene posteriormente, la irresponsabilidad del enajenante es absoluta. Así, si se vende un inmueble y ya había comenzado la prescripción adquisitiva por un tercero, aunque la causa remonte a una fecha anterior a la adquisición, como la prescripción no se había cumplido sino después de la enajenación y el prescribiente no tenía ningún derecho adquirido, el enajenante no tenía por qué responder de aquello a que había dado lugar la inacción del adquirente. En el cód. civ. argentino su art. 2095 no preconiza esta doctrina íntegramente; dice:

"Cuando el derecho que ha causado la evicción es adquirido posteriormente a la transmisión de la cosa, pero cuyo origen era anterior, los jueces están autorizados para apreciar todas las circunstancias, y resolver la cuestión".

Comentando este precepto, SALVAT (90) expresa que si la enajenación se ha realizado en una fecha tan inmediata al cum-

(90) VI, Contratos, 2, Nº 2207, p. 357.

plimiento de la prescripción, por lo que el adquiriente carecía del tiempo necesario para interrumpirla, el enajenante deberá la garantía de evicción porque éste ha debido interrumpirla antes de la enajenación.

Otra circunstancia indispensable para la garantía de evicción es que *la privación de la cosa tenga lugar por sentencia*. Parece, sin embargo, que deben tenerse en cuenta aquellos supuestos en que el derecho del reivindicante es tan claro que el adquiriente prefiere no seguir juicio y devuelve simplemente la cosa.

Existen otras hipótesis en que no se presenta la sentencia. Por ejemplo, si el que compra una cosa a quien no es dueño se convierte en propietario porque hereda a quien lo era verdaderamente. Puede siempre reclamar saneamiento.

80.—*Personas que deben la garantía de evicción*.— No sólo la debe el que es parte en el contrato como enajenante, a quien figura como adquiriente, sino que el enajenante la deberá también a los sucesivos sub-adquirientes. O sea que el tercero que adquirió de aquel a quien otro le debía la garantía de evicción, puede exigirla de éste.

Esta es una acción que se trasmite a los herederos; pueden exigirla si son herederos del adquiriente; deben prestarla si son herederos del enajenante. Los legatarios no deben la garantía, porque no son sucesores a título universal del enajenante; pero la responsabilidad contra el enajenante puede hacerse efectiva sobre los bienes que les legó el enajenante si los bienes del patrimonio fincado al fallecimiento del enajenante fueren insuficientes para satisfacer la evicción.

No obstante que la obligación de saneamiento por evicción es personal, dicha obligación no desaparece en el vendedor, aunque no la asumiera expresamente, por la circunstancia de haberse realizado una nueva venta, ya que la obligación de saneamiento de que goza el último comprador, descansa en la garantía que le fue ofrecida a su enajenante en el contrato primitivo; esa garantía no se extingue por el solo hecho de haberse celebrado un contrato de compra-venta posterior. En la sent. de 10 de setiembre de 1915 (90 bis) se expresan estas ideas y se declara infundada la oposición del enajenante originario, que alegaba que la obligación de garantía es personal y que el vende-

(90 bis) "A. J.", 1915, p. 124 ss.

dor no puede excusarse de cumplirla, pidiendo que la citación se entienda con tercera persona.

Es contraria a esta tesis la sent. de 20 de julio de 1912 (90 ter) que aún cuando no versa sobre un juicio de saneamiento por evicción, sino de saneamiento por vicios ocultos y devolución del exceso de precio pagado, se rechazó la solicitud del vendedor para que se citara a quien le vendió la cosa. Se consideró que la facultad que la ley da a una persona que ha contratado con otra, para que ésta sea citada, está restringida a la que aparece vendiendo la cosa; que se trata de responsabilidad que el último comprador exige de su vendedor, por lo que a éste no le asiste el derecho de pedir que se cite al anterior vendedor, sino defenderse de la acción instaurada.

En la sent. de 26 de abril de 1899 (90 quater) se establece que la acción de saneamiento por evicción debe entenderse con todos los herederos del enajenante si se ha producido el fallecimiento de éste, por lo que se declaró fundada la excepción de inoficiosidad de la demanda deducida por los herederos citados con exclusión de los otros. La cuestión jurídica que se controvertió fue la siguiente: *A*, antes de su matrimonio con *B*, adquirió un inmueble rústico. Fallecido *A*, su cónyuge *B* contrajo un segundo matrimonio con *C*; de ambas uniones tuvo hijos. Durante la minoridad de los hijos del primer matrimonio, y ya casada con *C*, la cónyuge *B* enajenó como bien propio el inmueble rústico que fue de su marido *A*. Llegados los hijos del primer matrimonio a la mayoría, promovieron acción reivindicatoria contra el adquirente, consiguiendo éxito en el juicio. Fallecida la vendedora *B*, el adquirente entabló acción de saneamiento contra los hijos del primer matrimonio y éstos dedujeron la excepción de demanda inoficiosa, por cuanto, debía comprenderse en la acción a los hijos del segundo matrimonio, ya que todos eran herederos de la enajenante. En verdad, el juicio de reivindicación no debería haber prosperado si se siguió cuando había fallecido *B*, ya que los reivindicantes debían saneamiento. Es obvio que el saneamiento lo deben los herederos del vendedor, si ha fallecido éste.

81.—*Obligaciones que comprende la garantía de evicción.*—
Considera SALVAT (91) que aunque el cód. argentino no habla

(90 ter) "A. J.", 1912, p. 127 ss.

(90 quater) CALLE, "Vistas Fiscales", tomo I, p. 62 s.

(91) VI, Contratos, 2, Nº 2216, p. 361.

expresamente de esta obligación de no turbar al adquirente, ella resulta de la naturaleza misma de las cosas. Por lo que se refiere a nuestra legislación, si bien en el contrato de compra-venta no existe regulada esta obligación del vendedor, si lo está indirectamente en el contrato de locación-conducción, por el que se transfiere el uso de las cosas, y así en el inc. 1º del art. 1513 del cód. civ., se establece que el locador está obligado "a mantener al conductor en el uso de la cosa durante el tiempo de la locación". Lo mismo ocurre en el inc. 2 del art. 1531 del cód. civ., cuando expresa que se acaba el arriendo por ser vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía.

El enajenante no sólo se encuentra obligado a hacer cesar las perturbaciones de derecho de los terceros, sino a no perturbar él mismo al adquirente.

La garantía de evicción es susceptible de ser alegada cuando el enajenante actúa con otra calidad y no por sí mismo. V. g.: *A* vende a *B* un predio que es de *C*, por lo que éste puede reivindicarlo. Pero ocurre que *C* premuere y su heredero es *A*. En esta hipótesis *A* no podría reivindicarlo en representación del derecho de *C*, ya que *A* se encuentra personalmente obligado a la evicción.

Asimismo, si el que fallece no es *C* sino *A* y resulta su heredero *C*, no obstante de ser dueño del inmueble vendido a *B*, dicho *C* no podría reivindicarlo de éste, ya que la obligación de garantía se le ha transmitido. Caso distinto es si renuncia a la herencia (92).

Si el vendedor ha contraído la obligación de mantenerme en mi señorío y posesión y defenderme de cualquier turbación de derecho, debe de comenzar por no turbarme él. Por ejemplo, si quien me vende una cosa que no era de él, después resulta ser dueño porque se le instituye heredero por quien es su dueño, es incuestionable que el dueño es él y no yo y podría reivindicarla; pero como al enajenar la cosa contraí conmigo la obligación de defenderla y de hacérmela tener, nace de esta obligación una excepción que enervará su demanda reivindicativa.

(92) ALESSANDRI-SOMARRIVA, IV, Nº 533, p. 403 s., ejemplifican así: Pedro vende una propiedad a Juan, pero ésta era de la sociedad conyugal que hubo entre Pedro y María; una vez fallecido Pedro sus herederos entablan acción reivindicatoria contra Juan, porque la propiedad vendida no era únicamente de Pedro, sino de su cónyuge premuerta María y la mitad correspondía, por tanto, a ellos. Sobre un caso semejante se pronunció la jurisprudencia chilena, habiéndose declarado que la obligación que pesa sobre el vendedor de proporcionar al comprador la posesión tranquila y pacífica de la cosa, pasa a sus herederos y si éstos pudieran reivindicar la cosa al comprador, en realidad estarían violando la obligación que les impone el contrato, como representantes del vendedor.

toria contra mí. O sea: *celui, qui doit garantir ne peut évincer*, que significa "El que se obligó por evicción no puede provocarla". Es la fórmula francesa de una locución que vivió en el derecho romano y que rezaba *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (Código romano, leyes 14, De reb. alienis non alienand; 17 y 23 Dig., De evict.; 11, 12 y 24 del eod. tit.). También se aplica por quien siendo realmente propietario de la cosa es heredero de quien nos la ha vendido, por lo que tiene la obligación de garantir.

82.—*Citación del enajenante.*—Constituye obligación legal.

El art. 1375 del cód. declara que:

"Promovido juicio contra el adquirente en los casos en que hay lugar a 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 adquirente está obligado a hacer citar al enajenante con la demanda entablada".

El art. 1375 del nuevo cód. civ. tiene su antecedente en el art. 1419 del cód. civ. anterior, que prevenía: "Promovido juicio contra el comprador, en los casos en que hay lugar al saneamiento, el vendedor está obligado a salir a la defensa y a continuarla hasta la resolución definitiva que cause ejecutoria".

Además, el segundo párrafo del art. 1375 estaba contenido en el art. 1420 del cód. abrogado, que disponía: "Para los efectos del artículo anterior, el comprador está obligado a hacer citar al vendedor en cualquier estado del juicio, antes de la publicación de probanzas".

Esta es otra obligación del enajenante, que se produce aún antes que la evicción se realice.

Sin embargo, la ley requiere para que esta obligación nazca que se cite al enajenante por el adquirente. Este no puede exigir saneamiento si no pidió y cuidó que se citara con la demanda al enajenante, según el art. 1376., inc. 1º cód. civ.

En doctrina se debate si la citación de evicción debe o no ser admitida si se promueven contra el adquirente interdictos posesorios. La solución afirmativa parece preferible, porque en estas acciones se está debatiendo la posesión de la cosa.

El derecho del comprador a citar de evicción al vendedor, conferido a aquél por nuestro art. 1375 del cód. civ. para los efectos del saneamiento a que se refiere el 1374, en nada obsta para que, junta o separadamente, pueda defender su derecho aún contra el mismo vendedor, cuando la actitud de éste le fuere

adversa, dadas las obligaciones contraídas entre vendedor y comprador y el justo y legítimo interés del segundo en la eficacia del contrato.

Siendo la citación de evicción, conforme a lo preceptuado en la ley civ., la base del derecho para exigir el correspondiente saneamiento después que recaiga sentencia firme en el pleito de reivindicación, cuando se ha discutido la obligación de evicción, se impone la necesidad de resolver acerca de ella, sin que pueda reservarse la decisión de este punto para un nuevo juicio.

Las personas citadas de evicción no son realmente partes, sino sólo al efecto de las consecuencias de la sentencia.

La citación de evicción solicitada por el autor en nada afecta los intereses del demandado.

El hecho de pedir se cite de evicción dentro del juicio, al enajenante, no importa reconocimiento de derechos al reivindicante. Por ejemplo, la citación de evicción por parte del demandado por cobro de medianería, no puede considerarse como un reconocimiento expreso ni tácito de las pretensiones del actor, desde que se trata del ejercicio de un derecho.

La citación de evicción es indispensable para que proceda el saneamiento; sin que obste a esta doctrina la circunstancia de haberse consignado en un contrato que el vendedor está obligado a la evicción, pues esto no puede menos de entenderse en sentido jurídico, y, en tal concepto, es necesaria la citación en forma.

La citación al enajenante exige el art. 1375 cód. civ. que cuida hacer el adquirente, se explica porque en tal caso la sentencia que se pronuncie tendrá efecto contra él. En doctrina se expresa que el no citarlo no impide que, por otros conceptos, el adquirente sea indemnizado, porque ello es una consecuencia de la inejecución de las obligaciones contractuales. Sin embargo, el enajenante no deberá el saneamiento si no se cuidó que se le citara (inc. 1º del art. 1376 del cód. civ.) (92 bis).

Lo anterior es valedero para el derecho peruano.

Por la sent. de 21 de junio de 1906 (92 ter) se decide que el comprador puede hacer citar de evicción al vendedor, cuando es demandado por un tercero y por causa anterior a la venta.

(92 bis) El fallo pronunciado el 23 de junio de 1936, publicado en R. de los T.", 1936, p. 175, declara sin lugar la demanda de saneamiento por evicción que el comprador siguió contra el vendedor, porque en el juicio que fue vencido el primero no cuidó de hacer citar al segundo con la demanda entablada.

(92 ter) Colección BARROS, tomo I, p. 158.

El fallo de 2 de diciembre de 1909 (92 quater) declara que procede citar de evicción al dueño del dominio directo, si existe demanda reivindicatoria contra el enfiteuta.

Asimismo, es interesante la doctrina sentada por la sent. de 8 de mayo de 1951 (92 quinquies), por la que se declaró la nulidad e insubsistencia de lo actuado en un juicio de reivindicación, porque se había omitido citar al vendedor, no obstante haberlo pedido el demandado y ordenado el juez. Se repuso la causa al estado de notificarse con la demanda al enajenante.

La citación de evicción no es necesario hacerla al último enajenante sino a cualesquiera de los enajenantes intermedios. El adquiriente final se considera subrogado en la garantía de los que le antecedieron contra aquellos que se la enajenaron.

Ni el cód. civ. ni el cód. de proc. civ. contienen disposición alguna reglamentando la citación de evicción, sea para señalar los términos legales dentro de los cuales debe producirse, sea para prever y resolver cuestiones susceptibles de provocarse mediante su ejercicio. Rigen entonces los dispositivos procesales sobre notificaciones.

En cuanto al modo cómo habrá de solicitar el comprador demandado que se notifique al vendedor o vendedores la demanda de reivindicación de la cosa vendida, dispone el art. 1482 del cód. civ. español que ello debe pedirse dentro del término que la ley de Enjuiciamiento Civil establece para contestar a la demanda; que la notificación se hará como la misma ley determina para emplazar a los demandados; que el término de contestación para el comprador quedará en suspenso interín no expiren los que para comparecer y contestar a la demanda se señalan al vendedor o vendedores, que serán los mismos plazos que concede a todos los demandados la ley Procesal, contados desde la notificación; y que si los citados de evicción no comparecieren en tiempo y forma, continuará, respecto del comprador, el término para contestar, la demanda. Nuestra ley procesal no ha previsto nada al respecto.

Como las tercerías excluyentes de dominio son en verdad juicios de reivindicación, procede en las mismas la citación de evicción y el citado deberá la correspondiente asistencia procesal.

(92 quater) "A. J." 1909, p. 410 ss.

(92 quinquies) "A. J." 1951, p. 39.

En el derecho argentino, sobre la citación de evicción, sus tribunales han declarado lo que sigue:

Caracteres de la citación de evicción:

La citación de evicción no es una demanda contra el citado; si éste la impugna no cabe pronunciamiento alguno al respecto de si ella es o no procedente (92 sexies).

El auto que ordena la citación de evicción queda cumplido con la notificación hecha al citado (92 septies).

Intervención del citado de evicción en el juicio:

La intervención del citado de evicción es facultativa (92 octies).

La intervención en la causa del citado de evicción no priva al demandado de hacer valer en él los recursos legales (92 nonies).

El demandado por reivindicación no se transforma en un tercero extraño a la contienda, en virtud de la intervención del citado de evicción (92 decies).

El demandado que cita de evicción a su enajenante puede hacerlo conservando su calidad de tal en la causa principal, y, en la causa en garantía donde actúa como actor o, si prefiere, cediéndole su lugar para que lo defienda, pero sin conservar su posición de demandado propiamente dicho.

La impugnación de la citación implica manifestación de voluntad definitiva:

Si bien es verdad que la citación de evicción asume efectos suspensivos con respecto al procedimiento del juicio principal, no lo es menos que impugnada la misma, vale tanto como declarar que no se quiere ser parte en el juicio y esta manifestación de voluntad es definitiva (92 undecies).

Nos parece que es de utilidad conocer lo decidido por la sent. de 12 de agosto de 1932 (92 tricies). Declara ese fallo que

(92 sexies) En "La Ley", t. 6, p. 927.

(92 septies) En "La Ley", t. 6, p. 927.

(92 octies) En "La Ley", t. 6, p. 927.

(92 nonies) En "La Ley", t. 7, p. 459.

(92 decies) En "La Ley", t. 7, p. 459.

(92 undecies) En "La Ley", t. 6, p. 927.

(92 tricies) "R. de los T.", 1932, p. 248.

no es obligatorio en el juicio sobre nulidad de una venta, la citación con la demanda al vendedor. Esta citación de evicción corresponde pedirla al comprador. Ocurre con frecuencia que en lugar de reivindicar, el *verus dominus* promueve una acción de nulidad del contrato de compra-venta, porque se ha vendido cosa ajena. Esa acción de anulabilidad correspondería pedirla al comprador, pero no al propietario, conforme al art. 1394 del cód. civ. No es, pues, ésta la buena senda, ya que tal contrato de venta es para el dueño *res inter alios*, aún cuando para el comprador constituye justo título, el cual unido a su buena fe, lo haría adquirir decenalmente el dominio, si, además, se le otorgó la posesión del inmueble ajeno. Declarada la nulidad de la venta el dueño no conseguiría la posesión de la cosa, porque no la ha pedido. Valdría, sin embargo, para interrumpir la *usucapio* en el comprador. Es también de toda evidencia que demandada la nulidad, el comprador puede pedir que se cite de evicción a su vendedor, no obstante que el juicio entablado no persigue eviccionarlo.

Existe jurisprudencia que decide de controversias en que se demandó la nulidad de la venta de cosa ajena y sólo se citó con la demanda al vendedor y no al comprador. Así, la sentencia de 6 de noviembre de 1917 (92 tricies -a-) declaró la nulidad e insubsistencia de lo actuado, por tal omisión.

El fallo de 10 de enero de 1931 (92 tricies -b-) expresa que en el juicio de nulidad de una venta, no es necesario citar al acreedor hipotecario, ya que el juicio no afectaría su derecho y su interés sólo sería indirecto.

Otro fallo cuya fecha es de 18 de octubre de 1927 (92 tricies -e-) declara la insubsistencia de parte de un fallo, que se pronuncia sin que hubiera existido controversia sobre los efectos de la citación de evicción, en razón de que la notificación al vendedor cumplió el objeto del pedido y nada quedaba por resolver.

Sobre "Los caracteres procesales de la citación de evicción" en el derecho argentino, véase una nota aparecida en "La Ley" (92 duodecies), en la que se relacionan los principios sentados por los tribunales de dicho país, que son los que siguen:

(92 tricies -a-) "A. J.", 1917, p. 167.

(92 tricies -b-) "R. de los T.", 1931, p. 10.

(92 tricies -c-) "A. J.", 1927, p. 263.

(92 duodecies) Tomo 60, p. 656.

La citación de evicción no es una demanda; el auto que la ordena se cumple con la notificación de esa citación. Por lo mismo, si el citado la impugna, no procede pronunciamiento alguno sobre su procedencia.

Al citado de evicción no cabe acusársele rebeldía, porque su intervención es facultativa.

La citación de evicción puede pedirse hasta antes de la apertura de la causa a prueba.

El actor también puede solicitar la citación de evicción.

Quien pide la citación de evicción no debe ser negligente en el cumplimiento de la diligencia; si lo fuere debe dársele por perdido el derecho y emplazarle para que conteste derechamente la demanda.

El citado de evicción puede optar: 1. Por tomar el lugar del citante y salir en su defensa. 2. Por no aceptar la citación y quedar fuera de la causa. 3. Por quedar en la causa, sin asumir la defensa; pero en todos los casos le es oponible la sentencia.

Quien pide la citación de evicción no se transforma en un tercero ajeno al litigio; esa citación no le priva de hacer valer sus recursos legales, aunque puede cederle su lugar al citado para que lo defienda.

Lo cierto es que al omitir el comprador, v. g., citar de evicción a su vendedor, carga con las consecuencias del fallo que se dicte. No es necesario en nuestro derecho, como en el derecho argentino, que el enajenante pruebe que existían defensas o excepciones que hacer valer y en cuya virtud la acción del tercero no prosperaría. En el Proyecto franco-italiano de las obligaciones, su art. 364 impone al comprador demandado por un tercero que pretende derechos sobre la cosa vendida, la obligación de hacer citar al vendedor. Si no lo hace y es condenado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, pierde el derecho a la garantía, "salvo que pruebe que el vendedor, aún interviniendo en el juicio, no hubiera llegado a hacer rechazar la demanda" (92 tredecies). Entre nosotros, simplemente, la garantía de evicción desaparece si no se cita al enajenante. Lo dice claramente la ley en el inc. 1º del art. 1376 del cód. civ.

Hay casos en que la sentencia no es necesaria cuando el adquirente reconoce el derecho del demandante; o cuando no apela o recurre de nulidad de la sentencia, porque considera que

(92 tredecies) V. "Progetto di codice delle obbligazioni e del contratti", París, 1927. Roma, 1928.

es justa, o cuando paga al acreedor hipotecario, para conservar el inmueble comprado.

Una nota muy completa sobre esta materia ha escrito SPOTA Alberto G., intitulada "Citación de saneamiento: efectos jurídicos de su omisión" (92 quatordecies), con ocasión de un fallo de los tribunales de su patria, que sienta la doctrina de que cuando el vendedor no fué citado de evicción, el adquirente debe probar que el derecho del reivindicante era indiscutible, e inútil, por lo tanto, citar de evicción a aquél. Para esa comprobación no puede valerse de la prueba producida en el juicio de reivindicación, que fué actuada sin el control del vendedor.

En el derecho suizo, el art. 193 del cód. federal de las obligaciones declara que el enajenante quedará libre de su obligación de garantía en caso de no haber sido citado, "en la medida en que pruebe que el juicio habría podido tener un resultado más favorable si la demanda se le hubiera denunciado oportunamente".

El cód. polaco de las obligaciones, en su art. 314, establece que el vendedor queda libre de la garantía si no ha sido citado inmediatamente, si el tercero vence en juicio, siempre que el vendedor "pruebe que su participación en el juicio habría contribuido a que se obtuviera una sentencia en favor del comprador".

El art. 1640 del cód. de NAPOLEÓN previene que la garantía por causa de evicción cesa si el adquirente se ha hecho condenar por una sentencia definitiva, o de la cual ya no se puede apelar, sin citar a su vendedor, si éste prueba que existen motivos suficientes para rechazar la demanda. Como se observa, el *onus probandi* corre a cargo del enajenante, salvo el Proyecto franco-italiano, que traslada esa carga al comprador, vencido en juicio.

En el derecho peruano, el adquirente no sólo debe *pedir* que se cite de evicción al enajenante, sino *cuidar* que esta citación se diligencie, ya que en caso contrario, se le acusará de negligencia. Ambos vocablos se contienen en el precepto: art. 1376 cód. civ.: El adquirente no puede exigir saneamiento: 1º Si no pidió y cuidó que se hiciera la citación de que habla el artículo anterior".

En el derecho argentino, la citación de evicción reviste los caracteres de una excepción dilatoria y suspende el curso del término para contestar la demanda por el demandado origina-

(92 quatordecies) En "La Ley", tomo 17, p. 506 ss.

rio; el demandado no puede ser obligado a contestar la demanda mientras no se cumpla la citación de evicción, porque se trata de un incidente de carácter suspensivo del procedimiento en lo principal. COLOMBO Carlos J. ha publicado un ensayo denominado "Evicción, *litis denuntiatio* y *laudatio actoris*" (92 quindecies) sobre la citación de evicción, seguido de un apéndice muy completo de la jurisprudencia que sobre evicción existe en la Argentina.

La citación de evicción procede también en el caso de solicitarse la anulabilidad de la venta por el comprador, en razón que quien se la vendió no es el dueño. Esta acción la franquea el art. 1394 de cód. civ., que dispone: "La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios". Promovido juicio por el comprador contra su vendedor, es obvio que asiste a éste el derecho de hacer citar de evicción a quien en su día le enajenó el inmueble materia del contrato de venta cuya anulabilidad se demanda.

Es frecuente en nuestros estrados judiciales que en lugar de entablar una demanda de reivindicación, el *verus dominus* promueve una acción de nulidad del contrato de compra-venta contra el comprador, porque se le ha vendido cosa de ajeno dominio. En realidad, no es ésta la acción que procede, ya que tal contrato para el verdadero propietario es *res inter alios acta*, aún cuando para el comprador dicho contrato constituye justo título, el cual unido a su buena fe, lo haría adquirir decenalmente el dominio de la cosa ajena, si además tiene la posesión. Es incuestionable que declarada la anulabilidad de contrato, el dueño no conseguiría que se le restituyera la posesión, porque no la ha pedido. Valdría, sin embargo, para interrumpir la *usucapio* en el adquiriente la citación con la demanda de nulidad. Es evidente que demandada la anulabilidad, el comprador está en su derecho de pedir que se cite de evicción a su enajenante, no obstante que el juicio entablado no persigue eviccionarlo.

La sent. de 12 de agosto de 1932 (92 sexdecies) decide que no es obligatoria, en el juicio de nulidad de una venta, la citación del vendedor con la demanda; la citación de evicción corresponde pedirla al comprador. El juicio de nulidad se seguía

(92 quindecies) Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1944, año II, vol. II, p. 5.
(92 sexdecies) "R. de los T.", 1932, p. 248 s.

entre el dueño y el comprador y el Superior al absolver el grado, había declarado la insubsistencia de lo actuado, porque se había omitido citar al vendedor. El Fiscal consideró que no era necesaria la citación, argumentando que si el comprador deriva su derecho del vendedor, si es su sucesor a título particular, si representa su derecho, carece de fundamento que para el juicio deba de citarse al vendedor. También decía el Fiscal que en la acción de nulidad de contrato de venta, cabría sostener que el demandante, que no es parte contratante, carece de derecho para impugnarlo; que el contrato sólo crea derechos y obligaciones entre las partes; que si el vendedor no es dueño de la cosa que se vende, el comprador nada adquiere; que el verdadero dueño no resulta perjudicado por ese contrato y que carece de interés para demandar su nulidad; pero que en estas llamadas acciones de nulidad de venta, lo que en verdad se demanda y se discute en el juicio es la propiedad y esa discusión debe limitarse a las personas que pretenden ser dueñas; que la demanda de nulidad que es acción personal, debe dirigirse contra las dos partes contratantes, pero que estas acciones no son propiamente rescisorias sino reivindicatorias, por lo que sólo deben ser partes las personas que se disputan la propiedad. Fueron estas las razones que se dieron para que en la nulidad de venta, no fuera necesario citar con la demanda al vendedor de la cosa.

La sent. de 6 de noviembre de 1917 (92 septemdecies) contiene una doctrina contraria al establecer que es nulo el juicio sobre nulidad de una venta si se cita sólo al vendedor y no al comprador. Se observa, en este caso, que la demanda de nulidad del contrato de compra-venta se entendió sólo con el vendedor y no con el comprador, no obstante que ambos tienen interés en la subsistencia o insubsistencia del pacto, para quienes constituye título jurídico. Además, no constituye ejecutoria para el que no intervino en la controversia, la decisión que se hubiere pronunciado.

En la sent. de 10 de enero de 1931 (92 octodecies) se resolvió que en el juicio sobre la anulabilidad de un contrato de compra-venta, no es necesario citar al acreedor hipotecario. Se había declarado la nulidad de lo actuado porque se había omitido la citación del acreedor hipotecario, al que se había considerado que tenía interés directo.

(92 septemdecies) "A. J.", 1917, p. 167 B.

(92 octodecies) "R. de los T.", 1931, p. 10 A.

Si el propietario de la cosa en lugar de demandar la reivindicación, promueve juicio para que se declare la anulabilidad de la escritura pública de compra-venta, sólo contra el comprador, procede la citación de evicción del vendedor, porque si bien es cierto la acción no persigue ni la propiedad ni la posesión de la cosa vendida, ello puede resultar como consecuencia de la sentencia que recayera en el juicio, que persigue anular el título que es por ley uno de los elementos indispensables para transmitir la propiedad, y porque la obligación de saneamiento comprende también la perfección del título.

En el derecho extranjero, la jurisprudencia de Argentina (92 novemdecies) ha decidido que procede la citación de evicción aún cuando la demanda entablada no persigue ni la propiedad ni la posesión de la cosa vendida, si tiende nada menos que a anular el título. En dicho fallo, con arreglo a los arts. 403 y 408 del cód. de proc. civ., se suspendió el término para contestar la demanda, porque la citación de evicción se dedujo como excepción dilatoria. Se consideró que la obligación de saneamiento comprende también la de perfección de los títulos y que no existirá cumplimiento de contrato de compra-venta si el enajenante entrega un título defectuoso o deficiente, aunque sea subsanable la deficiencia. El juicio de nulidad de instrumento se promovió por el comprador contra el vendedor y éste dedujo como excepción que previamente se citara al que le vendió la cosa.

En la sent. de 18 de octubre de 1927 (92 vices) se declara insubsistente el fallo recurrido en cuanto declara improcedente la citación de evicción, porque al ser solicitada se llenó su objeto con la notificación; y que, además, no se había producido controversia sobre sus efectos, por lo que no había nada que resolver sobre la misma.

82 a).—*Obligaciones del enajenante al evicciónarse al adquirente.*— Otra obligación fundamental en la evicción es la de pagar al adquirente una serie de prestaciones que hubiere efectuado y que proceden al ser evicciónado; esta es la llamada "obligación de saneamiento". Esas prestaciones las enumera el art. 1374 del código civil así:

(92 novemdecies) En "La Ley", tomo 7, p. 5.
(92 vices) A. J., 1927, p. 263 ss.

"El adquirente en virtud del saneamiento a que está obligado el enajenante, tiene derecho de pedirle:

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

No debe daños y perjuicios si el enajenante es de buena fe; pero los deberá si, además, se le prueba su mala fe. Así lo dice el art. 1379 del cód. civ.:

"El que con mala fe ha enajenado cosa ajena está obligado además a pagar al adquirente los daños y perjuicios".

Nos parece que no es necesario probar la mala fe del enajenante. Se le presume que es de mala fe, salvo que él pruebe su buena fe. La culpa del obligado se presume.

Refiriéndose a la restitución del precio, sea que el contrato fuere de compra-venta o de locación-conducción, esa restitución procede por el carácter conmutativo de dichos contratos; además, se debe tener en cuenta que una obligación es la causa, el motivo determinante de la otra, atendida la bilateralidad de estos contratos; y así en la venta el comprador pagó el precio para obtener el dominio de la cosa y si no lo obtiene es lógico que el vendedor carece de causa para retenerlo.

No se pagará intereses del precio sino desde la fecha de la notificación de la demanda.

Se dice que si la restitución del precio se exige no de quien enajenó al adquirente la cosa sino del enajenante de su enajenante y la cosa fue vendida en mayor precio que el precio que el adquirente hubiere pagado, éste sólo tendrá derecho a que le sea restituido el precio que hubiere pagado y no el exceso que hubiere recibido el primer enajenante; y que la solución es la misma si el primer enajenante sólo recibió un precio menor del que ahora reclama el adquirente; dicho enajenante no deberá restituir más que el precio que recibiera, a no ser que su mala fe fuera fácil de demostrar. Empero esta tesis es insostenible en nuestro derecho, porque respecto al precio por restituir el art. 1377 cód. civ. previene:

"El precio que el enajenante está obligado a sanear es el que tenga la cosa al tiempo de perderla el adquirente".

La solución legal favorecería al adquirente en caso que la cosa hubiere aumentado de valor por el simple transcurso del tiempo; pero también debe contemplarse el supuesto de que la

cosa hubiere disminuido de valor por caso fortuito o fuerza mayor y aún por culpa del comprador vencido, ya que éste en la creencia de que era su dueño podría haberla deteriorado.

Otra prestación que debe el vendedor es la de los frutos, si fue condenado a devolverlos con la cosa (inc. 2º del art. 1374 cód. civ.). Si es obligado a devolverlos dicho comprador es de mala fe, ya que de lo contrario, como poseedor de buena fe que es, haría suyos los frutos. Por ejemplo, sería de mala fe si sabía que la cosa era ajena cuando la compró a persona distinta del dueño. Puede también ser de mala fe no al tiempo en que compró la cosa, sino posteriormente, ya que para la percepción de los frutos se exige que la buena fe exista al tiempo en que son percibidos.

Como otra prestación legal (inc. 3º del art. 1374 cód. civ.) se tiene las costas del juicio de saneamiento contra el enajenante y las del juicio en que fué vencido. Puede no haber habido el primer juicio a que nos referimos, ya que el vendedor paga espontáneamente el saneamiento sin que se le exija judicialmente. Y dentro del término "costas" existen las costas personales y las procesales.

Las costas deben pagarse por aquellos a quienes se imponen en sentencia firme, lo cual no puede alterarse para extender la condena a otras personas, ni principal ni subsidiariamente; doctrina que tiene aplicación a los que saliendo al pleito por propio interés, a consecuencia de haber sido citados de evicción, se pusieron en lugar de los citantes, y siguiéndolo por sí solos fueron condenados en costas, sin comprender a los que, en virtud de la substitución y en uso de su derecho, se habían retirado del litigio.

Siendo la voluntad de las partes que si se moviera pleito sobre la propiedad o disfrute de la finca, o sobre gravámenes de la misma, saldría el vendedor a la defensa y la seguiría a su costa, tal convención envuelve la responsabilidad de los gastos ocasionados al comprador por haber dejado a cargo de éste lo que él se había comprometido a ejecutar y no ejecutó.

Este inciso se refiere claramente a la existencia de dos juicios: al juicio de reivindicación en que el propietario vence al adquirente y lo priva de la posesión de la cosa comprada; y al juicio de saneamiento que promueve el comprador, permutante, etc., contra el vendedor. Las costas de ambos juicios las abona el enajenante. Sin embargo, nada obsta a que en el mismo juicio de reivindicación se ordene, por sentencia, sanear el con-

trato por el enajenante, si es que al mismo tiempo que la citación de evicción pide el adquiriente a éste la devolución del precio, los frutos y todo aquello que está comprendido en el art. 1374 del cód. civ.

Los impuestos y gastos del contrato (inc. 4º del art. 1374 del cód. civ.), siempre que los mismos hubieren sido pagados íntegramente por el comprador, o la parte que éste hubiere abonado.

Finalmente, al valor de las mejoras tiene derecho el comprador aunque sea de mala fe (art. 835 cód. civ.); por lo mismo, parece que nunca podrá perderlas a manos del reivindicante y menos exigírselas al enajenante; por eso significaría una aberración jurídica el art. 1378: "Las mejoras no abonadas por el reivindicante al que sufrió la evicción, le serán pagadas por el enajenante" (93).

Ya se ha dicho que si el enajenante es de mala fe deberá, además de estas prestaciones, los daños y perjuicios; por ejemplo, éstos serían todos los gastos que el adquiriente efectuó con el objeto de implantar un negocio.

83.—*Pérdida de parte de la cosa.*— Esta situación se encuentra prevista en el art. 1380 cód. civ.:

"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".

O sea que la rescisión en lugar del saneamiento no procede en todo caso de pérdida parcial de la cosa, sino cuando ésta es tan importante con respecto a la cosa que existiendo con anterioridad no habría verificado la adquisición.

Puede ocurrir la evicción de una parte materialmente determinada; o la evicción de una cuota o participación, debido

(93) Podría argüirse, sin embargo que las mejoras que debe el vendedor al eviccionado son aquellas que hizo después de la notificación con la demanda y que no son de la clase de las necesarias (2º párrafo del art. 835 del cód. civ.). Pero es incuestionable que no sólo no las paga el reivindicante, sino que tampoco las abonará el vendedor, ya que el eviccionado las ejecutó a sabiendas de que no le serían pagadas por el reivindicante. También había que anotar, como advierte BEVILAQUA, Código, vol. 4, ed. 1956, p. 275 y s., que el reivindicante puede elegir el valor actual de las mejoras y no el costo, y que la diferencia que por el pago sufre el eviccionado, tiene derecho a reclamarla del alienante. Asimismo, el art. 1378 debe entenderse que tiene un carácter general; v. g., tratándose de la evicción de un arrendatario el reivindicante podría ser exonerado del pago de mejoras, pero dicho valor tendría que ser abonado por el locador, no obstante que no hubiere pacto por el que dicho locador viniera obligado a abonarlas, ya que la locación se interrumpe por su causa. La hipótesis se encuentra prevista en el art. 1542 del cód. civ.

a la acción reivindicatoria de un condómino; o la evicción por inexistencia de una servidumbre activa que había sido declarada en el contrato, o que constaba en los títulos de dominio del enajenante.

Es evidente que de prosperar la reivindicación de quien afirma ser condómino contra quien compró todo el predio, crearía para éste un incómodo estado de proindivisión que lo obligaría a pedir la rescisión y no el saneamiento.

Además, el adquirente tiene un derecho de opción en la hipótesis prevista por el art. 1380: o exigir el saneamiento, en cuyo caso el contrato quedará firme; o pedir la rescisión. Y si ésta se declara habrá de estimarse que se ha producido una evicción total.

También prevé el cód. el caso en que es el enajenante quien puede optar por la rescisión. Declara el art. 1381:

“Si por razón de saneamiento estuviese 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”.

84.—*Situación cuando la evicción no se produce.*— Si en la reivindicatoria el actor no triunfa, o sea que el adquirente no es privado de la posesión de la cosa, nada debe el enajenante a dicho adquirente, cualesquiera que fuera el monto de los gastos judiciales que hubiera hecho éste; se considera que dichos gastos fueron en exclusivo interés del adquirente y que la falta de éxito en el juicio demuestra que no había causa de evicción.

85.—*Inexistencia de la responsabilidad del enajenante.*— Así, si el adquirente conoce el peligro de evicción es el primer caso. Pero no sólo es preciso que lo conozca sino que en el contrato exista cláusula por la cual se ha establecido que el enajenante no quede sujeto a la obligación de evicción y que el adquirente renuncia al derecho de exigir el saneamiento con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometién dose expresamente a sus consecuencias. La cláusula contractual debe contener todos los extremos que dejamos enunciados. A pesar de todo el enajenante estará obligado a sanear cuando el adquirente es privado por un hecho personal del enajenante. La ley declara que es nulo el pacto en contrario.

Asimismo, aún cuando existiese pacto por el que el enajenante no deberá saneamiento, ni siquiera la devolución del precio, porque el adquirente formula la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose expresamente a sus consecuencias, el enajenante no sólo deberá el saneamiento, sino los daños y perjuicios, si procedió de mala fe (art. 1379 cód. civ.). Este es un caso de aplicación del principio de derecho "*pacta quae turpem causam continent non sunt observanda*".

Lo que dejamos expresado resulta de los siguientes dispositivos del cód. civ.:

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 art. 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".

Art. 1376.— "El adquirente no puede exigir saneamiento:
3º Si cuando adquirió la cosa sabía que era litigiosa o ajena y el enajenante lo ignoraba".

Otras ideas viven en estas reglas. Son las que siguen:

1) No existe en el enajenante obligación de sanear si el adquirente al tiempo del contrato conocía que la cosa materia de él era ajena o litigiosa y el enajenante lo ignoraba. Esto es suficiente para que ya no sanee el enajenante; no es necesario entonces que el adquirente se obligue contractualmente por los riesgos de la evicción y sometiéndose expresamente a sus consecuencias. No basta que el adquirente conocía que la cosa era ajena, o litigiosa, sino que es necesario que el enajenante no lo sepa, lo que es difícil de darse, aunque no imposible.

2) Aunque renuncie el adquirente al derecho a saneamiento una vez producida la evicción deberá devolver el precio recibido el enajenante, a no ser que el adquirente renunció

sabiendo el riesgo de evicción que corría y las consecuencias que le sobrevendrían (93 bis). Debe constar expresamente.

3) No obstante que el adquirente hubiere renunciado al saneamiento con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose expresamente a sus consecuencias, que hubiere cláusula contractual al respecto, si la evicción se produce por un hecho personal del enajenante, responderá éste por el saneamiento.

4) Asimismo, si el adquirente sabía al tiempo del contrato que la cosa era ajena o litigiosa y el enajenante lo ignoraba, si la evicción se produce por un hecho personal del enajenante, apesar de lo declarado en el inc. 3º del art. 1376 cód. civ., dicho enajenante deberá el saneamiento, ya que prevalece la regla del art. 1372 del mismo cód.

5) Las cláusulas por las que se aumenta la responsabilidad para el caso de evicción son raras. Puede convenirse, por ejemplo, que el vendedor garantiza al comprador que los colindantes no puedan conseguir el reconocimiento de la existencia de una servidumbre de paso, aún cuando con arreglo a nuestro derecho, esto constituiría vicio oculto.

6) La garantía de evicción es un elemento natural del contrato; por lo mismo, las partes se encuentran en libertad de disminuirla, aumentarla, suprimirla o modificarla. La garantía no constituye un requisito esencial.

7) El art. 1373 dispone que habiéndose producido la evicción, aunque hubiere renuncia pura y simple del adquirente, deberá éste devolver el precio que recibió y ello se explica porque el enajenante carecería de causa para retener el precio.

8) Permite el art. 1373 que el adquirente renuncie con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose expresamente a sus consecuencias, ya que una declaración de tal naturaleza se encuentra amparada por el principio de la libertad de las convenciones y, además, sólo se encuentra en juego el interés privado del adquirente. De otro lado, la enajenación tiene en tal caso carácter aleatorio y el precio que paga el adquirente ha sido disminuido considerando ese riesgo que toma sobre sí. El cód. civ. permite en su art. 1395 párr. 2º, la venta de la cosa litigiosa siempre que se instruya al comprador del pleito sobre ella. Este es un contrato aleatorio, como el de la esperanza.

(93 bis) El pacto por el cual se renuncia a la garantía no se refiere al precio sino a las otras responsabilidades. El precio se deberá restituir aún habiéndose renunciado a la garantía de evicción por ser nulo el contrato de compra-venta, desde que habría falta de objeto (la cosa ha sido eviccionada). El conocimiento del peligro de la evicción por el adquirente, importa una renuncia a pedir indemnización, pero no a la restitución del precio.

9) Ninguna influencia tiene que el enajenante sepa o no el peligro de la evicción; basta que lo conozca el adquirente y asuma expresamente ese riesgo. Sin embargo, el inc. 3º del art. 1376 exige también ignorancia del enajenante para privar al adquirente del derecho al saneamiento.

10) La ley al establecer que el enajenante responderá del saneamiento si la evicción se produce por un hecho personal de éste (art. 1372), está penando la mala fe, el dolo de dicho enajenante. V. g., el adquirente es emplazado por reivindicación promovida por un extraño a quien el mismo enajenante había vendido la cosa. La responsabilidad por dolo es irrenunciable.

11) Llegado el caso de evicción, las obligaciones del vendedor son distintas, según que el comprador hubiese o no renunciado a la prestación de aquélla (se refiere a la evicción). En el primer caso, debe el vendedor entregar únicamente el precio que tuviese la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos a que se exponía y sometiéndose a sus consecuencias. En el segundo caso, háyase o no estipulado el saneamiento, y resultando probado que al vendedor le fué notificada la demanda de evicción a instancia del comprador (pues en otro supuesto desaparece la obligación al saneamiento), este último tiene derecho a exigir del vendedor: 1º La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea menor o mayor que al de la venta; 2º Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio; 3º Las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento; 4º Los impuestos y gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador; 5º Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro ornato o recreo, si se vendió de mala fé. Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar o disminuir esta obligación legal del vendedor.

86.— *La evicción y las ventas judiciales.*— Reza el art. 1382 del cód. civ.:

“En las ventas forzadas hechas por la autoridad judicial, el vendedor no está obligado sino a restituir el precio que produjo la venta”.

Es el vendedor en las ventas forzadas hechas por la autoridad judicial el propietario embargado; no es el acreedor embargante, que percibió el valor del remate.

La responsabilidad del vendedor queda limitada al precio de venta; no está obligado al pago de frutos, ni a costas del juicio de saneamiento contra él y del juicio en que vencieron al adquirente, si es que hubieren dos juicios, ni al pago de los impuestos y gastos del contrato.

Cuando la ley habla de venta forzada quiere decir que se trata de una venta llevada a cabo en juicio contradictorio, no de la venta judicial que hacen los condóminos o coherederos con el objeto de partirse el patrimonio adido.

SALVAT (94) trata de las acciones de responsabilidad contra el ejecutante, contra el adjudicatario y de repetición contra el acreedor que ha recibido el precio de venta.

Aceptado que es el deudor embargado quien debe la garantía de evicción, hay que expresar que el acreedor embargante no está exento de toda responsabilidad. Contra éste existe una acción de daños y perjuicios, ya que el comprador los experimenta al llevar una cosa al remate incurriendo en culpa, no obstante que existe declaración del deudor de no ser propietario del bien embargado, o si no cuidó dicho acreedor de comprobar el derecho de propiedad de su deudor. Asimismo, el comprador o subastante tiene una acción de repetición contra el acreedor que recibió el precio del remate. PLANIOL-RIPERT y HAMEL (94 bis) admiten que se puede demandar al acreedor embargante si éste ha cometido un delito al hacer vender un bien que él sabía o debía saber que estaba amenazado de evicción, por lo que éste se encuentra obligado a reparar el daño causado por su culpa, su negligencia o su imprudencia; o también si la venta se hizo sin saberlo el adjudicatario, de una cosa que no pertenecía al embargado y el acreedor ha cobrado el precio de venta; el comprador ejercita contra el acreedor la repetición de lo indebido. Convienen en que el acreedor no cobra algo indebido, porque es realmente acreedor, pero el adjudicatario ha pagado lo indebido si ignoraba el peligro o la amenaza de evicción; y no podía ser deudor por razón de una adquisición que no le transmitía la propiedad.

Con respecto al otorgamiento de las escrituras públicas en las subastas, que las firma el juez por negativa del ejecutado, es usual incluir una cláusula por la que éste responde por la

(94) VI, Contratos, 2, Nº 2276, p. 388.

(94) bis) Trat. Práct. de D. Civ. Francés, tomo X, Los Contratos Civiles, ed. 1940, Habana, Nº 103, p. 101.

evicción. Sobre esta materia consúltese a MAGALDI Próspero J. quien ha escrito. "La evicción en las ventas forzadas" (94 ter).

Es útil conocer lo que expresa OLAECHEA, en la exposición de motivos del código (94 quater), admitiendo que también hay acción contra el ejecutante, no por aplicación de las reglas del saneamiento. Dice el maestro sanmarquino:

"En el Título 5º (De la evicción y Saneamiento) hemos introducido bajo el Nº 1382 el art. 2156 del Código Argentino. Este dispositivo legal se refiere (es el art. 1382 del Cód. C. del 36), como lo hace notar MACHADO, en el tomo quinto de sus comentarios, a las ventas realizadas por ejecuciones y no se aplica a las que tienen lugar en forma de subastas voluntarias en las testamentarias por liquidarse, o a las que efectúan los condóminos para dividirse los bienes que poseen proindiviso; casos en los cuales los vendedores responden por el SANEAMIENTO".

"El art. argentino 2156 copia el número 1851 del Código de Chile, decidiendo la cuestión que agita a los jurisconsultos franceses; pues mientras unos propugnan que el adquirente puede reclamar no sólo del dueño de los bienes, sino también del acreedor, porque ha pagado por error, otros sostienen que sólo tiene acción contra el dueño de la cosa que fue obligado a vender por vía de ejecución. La solución del artículo no elimina naturalmente la responsabilidad que pudiera caber, en su caso, al acreedor ejecutante, para devolver el precio que recibió; obligación que no procede de la evicción, de la que no responde desde que no es vendedor, pero que puede reconocer como fuente su mala fe probada, si embargó bienes que supo que no pertenecían a su deudor".

86a).—*Controversia sometida a la decisión de árbitros.*—Tampoco el adquirente puede pedir el saneamiento "si sometió la causa a arbitraje sin consentimiento del enajenante y la perdió en este juicio" (inc. 2º del art. 1376 cód. civ.).

Si el enajenante convino en el arbitraje siempre queda obligado al saneamiento en caso de no obtenerse éxito en esta vía.

No hay, asimismo obligación de sanear si cuando el adquirente tuvo la cosa sabía que era litigiosa o ajena y el enajenante lo ignoraba (art. 1376 inc. 3º cód. civ.).

(94 ter) Rev. del Notariado, B. Aires, 1er semestre 1947, p. 280 s.

(94 quater) APARICIO y G. S., Cód. Civ., t. III, p. 429

87.—*La permuta y la obligación de garantía.*— Al igual que en la venta existe la garantía de evicción en el contrato de permuta, que es oneroso. Tiene la particularidad de que la garantía por la evicción la deben ambas partes, porque las dos se obligan a transmitir la propiedad. La evicción comprende la restitución de la cosa entregada, porque ésta es el precio.

88.—*Saneamiento por evicción entre los socios.*— Como es un contrato oneroso, los socios responderán de la evicción de los bienes que han aportado a la sociedad, garantizan a la misma la realidad de sus aportes. Se trata de una pérdida por vicio jurídico y cumplida después de haberse perfeccionado la transferencia a la sociedad; la pérdida de un bien antes de que ingrese al patrimonio social está prevista por el art. 1715 del cód. civ., que preceptúa: "Si uno de los socios promete poner en común la propiedad de un bien, y éste se pierde antes de verificarse la entrega, se disuelve el contrato respecto de todos los socios".

En la jurisprudencia extranjera se ha resuelto que no procede el saneamiento de los inmuebles de una compañía anónima en caso de enajenación de todas las acciones representativas del capital social (94 quinquies). Dice la sumilla:

La venta de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima a un único comprador, no obliga al vendedor a garantizar de evicción los inmuebles sociales y los derechos reales inherentes a ellos, salvo que por pacto especial se hallan garantizado por el vendedor los elementos integrantes del patrimonio social.

Al operarse la liquidación de la sociedad, conforme al art. 1748 del cód. civ., son aplicables por analogía, a la partición del haber social, las reglas sobre partición de bienes comunes, o sea que son de observancia los dispositivos que sobre evicción están instalados en el condominio y en la partición de bienes *pro indiviso*.

Para nosotros la garantía de evicción en la sociedad se regula como en el contrato de compra-venta, porque el socio vende a la sociedad su aporte y a cambio de él recibe algo tangible, que es su participación o interés. El socio se encuentra obligado por las cosas ciertas y determinadas que aporta, de igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador, por la evicción.

94 quinquies) Véase "La Ley", tomo 2, sección jurisprudencia extranjera, p. 25.

89.— *Los condóminos y la evicción.*— Declara el art. 921 del cód. civ. que: "Los condóminos están recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento, en proporción a la parte de cada uno".

Esta fórmula adquiere importancia, no cuando el estado de condominio o proindivisión subsiste, sino cuando ya ha terminado por la división y partición y los condóminos han dejado de ser tales para convertirse en propietarios exclusivos y únicos de los bienes que en la operación particional hubieren podido corresponderles. La evicción que se produce durante la comunidad sobre uno de los bienes que la constituyen no da lugar a la aplicación del art. 921 del cód. civ., porque la pérdida la sufren todos los condóminos; éstos en conjunto tendrán acción por evicción contra quien le hubiere vendido el bien eviccionado a su causante.

Para nuestra legislación civil, cuyo art. 922 considera a la partición como una permuta, la garantía de evicción entre los que fueron condóminos es fácil de explicar; pero en otras legislaciones, en que la división y partición sólo es declarativa y no translativa o constitutiva del derecho de propiedad, esta garantía deriva de la razón de que es preciso mantener la igualdad entre todos los copartícipes. Si así no fuera uno solo de los porcionistas tendría que soportar la evicción, siendo privado íntegra o parcialmente del bien o de la parte que hubo de corresponderle.

Como el condominio nace normalmente en el derecho sucesorio, es necesario tener en cuenta la doctrina del art. 793 del cód. civ., por el que "vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán a prorrata, y si alguno resulta insolvente, la responsabilidad se repartirá entre los solventes y el que la pide".

Con respecto a la adjudicación a un coheredero de un crédito, no se observarán las reglas de la cesión de créditos, porque en la partición no existe, propiamente, cesión. Es por ello que los coherederos restantes responderán de la solvencia del deudor cedido al tiempo de la adjudicación, pero no si la insolvencia es sobreviniente a la adjudicación. Si fuese cesión el cedente no responde, según el art. 1459 cód. civ., de la solvencia del deudor, sino cuando se hubiere obligado a ello. Se tiene en cuenta el principio de la igualdad en toda partición.

Veamos cómo funciona el instituto de la evicción en el derecho español:

Hecha la partición, los coherederos quedan recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados, en proporción a su respectivo haber hereditario, y en la misma proporción responderán de la parte del que resultara insolvente los que no se encuentren en este caso, deduciéndose la parte correspondiente de la insolvencia al que deba ser indemnizado; conservando su acción contra el insolvente para cuando mejore de fortuna, los que por él pagaron (arts. 1069 y 1071 del cód. civ. español).

Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, sino únicamente de la que se hallaba al tiempo de hacerse la partición. (Aplicable esto último a nuestro derecho peruano). Por los créditos calificados de incobrables, es obvio que no puede haber responsabilidad, y así lo consigna el código; pero añade que, si se cobran en todo o en parte, habrá que distribuir lo percibido proporcionalmente entre los coherederos. La 1ª parte del art. 1072, cód. español, que carece de precedentes en el antiguo derecho español, establece, como hemos visto, un saneamiento o responsabilidad especial, pues no se refiere al caso de despojo judicial de la cosa adquirida, sino a la simple extinción de su valor representativo; es, por consiguiente, un caso de saneamiento sin evicción.

La obligación de los coherederos a la evicción y saneamiento cesa en los siguientes casos:

1.—Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, si no aparece o racionalmente se presume, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima;

2.—Cuando se hubiese expremamente pactado al hacer la partición;

3.—Cuando la evicción procede de causa posterior a la partición (como en el caso antes aludido de insolvencia sobrevenida de un deudor hereditario), o fuere ocasionada por culpa del adjudicatario (art. 1070 cód. civ. español). El art. 794 de nuestro cód. civ. declara: “No hay evicción y saneamiento cuando el juicio proviene de causa expresamente excluída de la partición ni de las que sobrevienen a ella”.

Asimismo, si a un coheredero se le adjudican bienes hipotecados o embargados, sin que en la partición se haya deducido las obligaciones pasivas que sustentan estos gravámenes, tiene derecho a que los otros coherederos le saneen abonándole la parte proporcional de las obligaciones que pagó. El art. 808

del cód. civ. peruano expresa que el heredero tiene derecho a la indemnización correspondiente.

El coheredero demandado puede exigir a sus otros coherederos aún antes de haber pagado, que cada uno le asegure la parte que en la deuda le corresponde (art. 809 cód. civ.).

Si alguno de los coherederos resulta insolvente dicha insolvenza se distribuye entre todos los coherederos, inclusive el que pagó, pero siempre que la insolvenza del coheredero existiera al tiempo del pago (art. 810 cód. civ.); si después deviene insolvente la pérdida la sufre íntegramente quien pagó.

90.—*La garantía de evicción en la cesión de créditos.*— El cedente responde para el cesionario no sólo de la existencia del crédito, sino de sus accesorios: prendas, hipotecas, privilegio, fianza y otras garantías.

La garantía de la existencia del crédito se exige al tiempo en que el cedente lo transmite al cesionario. No responderá entonces el cedente si el cesionario es eviccionado por causa posterior o sobreviniente a la cesión, por ejemplo, si la prescripción extintiva se cumple encontrándose el crédito en manos del cesionario, aunque dicha prescripción hubiere comenzado antes de la cesión. Todo lo dicho se infiere del siguiente precepto del cód. civ.:

Art. 1458.— “El que cede un crédito u otro derecho, debe sanear su existencia al tiempo de la enajenación”.

La garantía de evicción no comprende la solvencia del deudor ni de las personas o bienes que aseguran el crédito, sino cuando expresamente se hubiere obligado a ello y sólo hasta la cantidad que recibió como precio por la cesión. Asimismo, la solvencia del deudor se garantiza al tiempo de la cesión, o cuando la obligación ha vencido, si es bajo condición o a término.

Nada impide, sin embargo, porque ello es conforme al principio de libertad de las convenciones y no se encuentra reñido con el orden público y las buenas costumbres que un acreedor cesionario exija del acreedor cedente una declaración contractual por la que éste se obligue a garantizar la solvencia del deudor cedido en todo tiempo, mientras no se encuentre prescrita la acción de cobro, que esa garantía la asuma solidariamente y que cubra el importe total del crédito aunque el acreedor cesionario hubiere desembolsado por la transmisión una suma menor.

Si el acreedor cedente a nada se obliga y cede el crédito simplemente, sólo responde por su existencia, por el *nomen ve-*

rum, importándole poco que el deudor cedido resulte insolvente y, por tanto, no pague al acreedor cesionario.

Comprometerse a garantizar la existencia del crédito significa que la acción de cobro del cesionario no pueda ser enervada por el deudor cedido sea porque el cedente no era propietario del crédito, sea porque existían vicios de consentimiento cuando se creó el crédito (como por ejemplo, si el deudor acreditara que contrajo el crédito por error, por dolo, por violencia o siendo relativamente incapaz), sea porque el crédito se extinguió por novación, por pago, etc. En todos estos casos, el acreedor cedente debe al cesionario la garantía de evicción si la acción de cobro de éste es rechazada por virtud de las anteriores alegaciones.

Todo lo que se deja relacionado resulta de las siguientes disposiciones del cód. civ.:

Art. 1459.— “El que cede un crédito no responde de la solvencia del deudor, sino cuando se hubiese obligado a ello, y solamente hasta la cantidad que recibió como precio”.

Art. 1460.— El saneamiento de que habla el artículo anterior, siempre que no haya convenio diverso, se limita a la solvencia del deudor en el momento de la cesión, o de aquél en que la obligación sea exigible si es condicional o a plazo”.

Tratándose de la evicción en la cesión de créditos, para hacer efectiva la garantía del crédito cedido, es necesario que el cesionario haya exigido judicialmente su pago.

En la cesión de crédito hipotecario (o sea de obligación pecuniaria asegurada con una hipoteca de inmueble determinado) se presenta este caso interesante: Al realizar la garantía (subastar el predio hipotecado), su producto no alcanza a cubrir sino en mínima parte el importe de la obligación garantizada. El acreedor cesionario no podría exigir del acreedor cedente responsabilidad por la diferencia, ya que el cedente sólo garantizó el “*nomen verum esse*”, pero no el “*nomen bonum esse*”. Para que garantice el acreedor cedente la solvencia del deudor debe haber una promesa expresa de dicho cedente en el contrato de cesión; y en cuanto a la solvencia misma, no habría de garantizarla en todo tiempo, sino en la época de la cesión (art. 1460 del cód. civ.).

El acreedor cesionario no puede dirigirse contra el cedente cuando por culpa suya se hubiese extinguido el crédito o las garantías, o cuando le hubiese concedido prórroga al deudor, no obstante que el cedente no sólo se hubiere obligado a res-

ponder por la existencia del crédito, sino también por la solvencia del deudor.

En cuanto a la cesión de crédito de carácter legal, nuestro cód. civ. previene:

Art. 1464.— “Cuando la cesión de crédito se opere por ministerio de la ley, el acreedor originario no responde ni de su realidad, ni de la solvencia del deudor”.

La Exposición de Motivos dice: “El art. 1464 resuelve que cuando la cesión de crédito se opera *ex lege*, el acreedor originario no responde ni de su realidad, ni de la solvencia del deudor. La razón del dispositivo es que la cesión no depende en esta hipótesis de la voluntad del deudor” (95).

Caso de cesión por ministerio de la ley es el contenido en el art. 802: “Si el testamento no determina la fracción de la herencia o del bien que se deja a cada heredero o legatario de los nombrados conjuntamente, éstos se distribuirán por igual dicha herencia o dicho bien”.

Y el art. 726 declara:

“Hay derecho de acrecer entre los coherederos o colegatarios, respectivamente, en el caso del art. 802”.

Hay, pues, aquí una cesión de derecho hereditario, por ministerio de la ley (por expresa disposición del art. 726 del cód. civ.). En tal caso, no se responde de la realidad del derecho hereditario que acrece. Por lo demás, esto carece de importancia práctica, porque quienes responden de la realidad del derecho hereditario son los mismos que lo reciben, los mismos a quienes *acrece*. Sin embargo, puede darse el caso que ante el hecho de acrecer sólo uno de los herederos o legatarios reciba esta parte y, en compensación, se le deje de entregar bienes que le pertenecían.

Es de observar también el art. 724 del cód. civ., para el caso de que el legatario muera antes que el testador. Habiendo otros legatarios, no acrece a los demás, porque caduca el legado.

Asimismo, debemos fijarnos en el art. 725 del cód. civ., por el que no hay acrecencia entre los legatarios si el testador o la ley no lo establecen expresamente. La ley dispone la acrecencia en el caso del art. 802 (lo dice el art. 726 del cód. civ.), pero con la limitación de que el legatario no sobreviva al testador y su fallecimiento no sea posterior a la muerte de dicho testador (caso que contempla el art. 724 del cód. civ.).

(95) APARICIO y G. S., Cód. Civ., tomo III, p. 434.

Otra norma en que hay una cesión *ex lege* es la contenida en el art. 1327: "El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella".

En este dispositivo, los derechos que por ministerio de la ley debe ceder el acreedor, no está en la obligación de responder de su realidad, ni de la solvencia del deudor.

Otro caso de cesión *ex lege* lo tenemos en el depósito; así, el art. 1617: "El heredero del depositario que haya vendido la cosa que ignoraba estar depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido, o a ceder sus acciones contra el comprador, en el caso de que el precio no se le hubiera pagado".

El heredero del depositario, al ceder su acción para hacer efectivo el precio, responderá de la realidad del crédito que transfiere, pero no de la solvencia del deudor; pese a que es cesión *ex lege*.

91.—*Garantía de evicción en la cesión de derechos hereditarios.*— No se trata en este caso de bienes determinados que constituyen la herencia, sino de ceder el derecho hereditario que comprende esos y otros bienes o que no los comprende porque no existen. El cedente no le responde al cesionario de los bienes, sino de su calidad de heredero, de su vocación hereditaria; eso es lo único que debe sanear. Le importa poco que el cesionario por virtud de ese derecho hereditario cedido adquiriera un gran volumen patrimonial por los bienes que se le defieren, o que no adquiriera nada en su calidad de heredero (art. 1461 cód. civ.).

La cesión del derecho hereditario debe haberse operado a título oneroso, no gratuito; es decir, que el cesionario hubiere realizado en favor del cedente, a cambio del derecho hereditario cedido, alguna contra-prestación valuable en dinero.

La garantía de evicción se encuentra constituida por estos elementos:

a) Que la sucesión se encuentre abierta, que el causante o testador hubiere fallecido, porque no se puede vender la herencia de una persona que vive y está prohibido contratar sobre el derecho de suceder a una persona que no ha fallecido o cuyo fallecimiento se ignora (arts. 1396 y 1338 del cód. civ.).

b) Que el cedente es heredero, que tiene vocación hereditaria. Si no fuera tal heredero nada podría transmitir.

La garantía de evicción por el heredero cedente restringida a ser tal heredero, no se debería si transmitió su derecho here-

ditario como litigioso o dudoso y el cesionario hubiere cargado sobre sí este riesgo; así, si el instrumento de cesión expresara "sin garantía" o que el derecho era dudoso o incierto.

92.—*El saneamiento en el contrato de donación.*— Siendo un contrato a título gratuito la garantía de evicción no existe. El donatario nada puede exigir por este concepto al donante; ni siquiera por los gastos que hubiere hecho al aceptarla, desde que obró a su exclusivo riesgo.

Procede, sin embargo, el saneamiento por evicción en estos casos:

a) Si el donante la prometió, lo cual está de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad;

b) Si la donación deja de ser gratuita para convertirse en onerosa; así, en la donación con cargos, o en la donación remuneratoria. En caso de evicción el donante responde por los cargos que hubiere hecho a tercero el donatario; o si se trata de donación remuneratoria deberá el importe de los servicios que prestó el donatario y que dieron origen a la donación. En estos casos, la donación no es revocable (art. 1485 cód. civ.).

Sin embargo, si en una donación pura el donatario es eviccionado, si bien no puede dirigirse contra el donante, puede dirigirse contra aquél que le enajenó a título oneroso el inmueble a dicho donante, por aplicación del art. 1471 del cód. civ.:

"El donatario tiene todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante".

Existen también donaciones por razón de matrimonio (arts. 215 a 219 cód. civ.). No son éstas revocables por ingratitud y hay quienes sostienen que el donante deberá garantía de evicción.

93.—*La evicción y el saneamiento en el derecho mercantil.*— Dispone el art. 340 del cód. de com.: "En toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto en contrario".

94.—*Evicción en los legados.*— No se presta la evicción, como ya disponían las Partidas, cuando el legado es de cosa determinada por el testador; pero si responderá en caso de evicción el obligado a su entrega, si la cosa fuese indeterminada y se señalase sólo por género o especie.

Nuestro cód. civ. nada dispone al respecto. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, si la obligación de sanear excede de la porción de libre disposición; y que conforme al art. 1467 del cód. civ.,

estas donaciones que surten sus efectos a la muerte del donante se rigen por las disposiciones de la sucesión testamentaria. Y en esta área, vale el legado en especie que no se encuentre en el dominio del testador, si éste lo sabía (art. 720 cód. civ.); y es válido también el legado de un bien mueble indeterminado (fungible), aunque no se encuentre dentro de los bienes dejados por el testador. Además, el legatario puede sufrir la reducción de sus legados si quien fue instituido heredero nada recibe como tal, o recibe menos de la cuarta parte de la herencia (art. 728 cód. civ.).

95.—*Evicción en el arrendamiento.*— Según el art. 1370 cód. civ., es aplicable al contrato de arrendamiento lo establecido en el título correspondiente sobre saneamiento por evicción, porque se trata de un contrato oneroso, por el que se transfiere la posesión o el uso.

Cuando proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional del tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa.

El arrendatario puede sufrir la evicción en el caso del art. 1531 inc. 2º cód. civ., o sea si su locador es vencido en juicio sobre el derecho de propiedad que tenía. Lo mismo puede ocurrirle al subarrendatario, si pierde la posesión conductiva a causa del incumplimiento de las obligaciones que le respectan al conductor.

96.—*Evicción en la fianza.*— Según el art. 1795 del cód. civ., si el acreedor acepta del deudor, un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda aunque después los pierda por evicción queda libre el fiador.

Es este uno de los casos en que se extingue la fianza y en que cesa en definitiva la obligación principal que ella aseguraba, la cual no renace, ya que se trata de una adjudicación en pago (art. 1279 cód. civ.). El acreedor sólo tiene derecho al saneamiento.

97.—*Saneamiento por la existencia de hipotecas y anticresis.*— Con respecto a las hipotecas figura en el cód. civ. el art. 1019, que declara:

“El tercer poseedor del bien hipotecado tiene derecho de pagar el crédito que resulte exigible por sentencia y pedir a su enajenante la responsabilidad del saneamiento”.

El tercer poseedor es el adquiriente a título oneroso o gratuito del inmueble hipotecado. También denomina “tercer po-

seedor" la doctrina, a quien no está personalmente obligado por la deuda que la hipoteca garantiza, pero que sobre su inmueble ha constituido hipoteca. No es a este poseedor al cual se refiere el precepto que comentamos, ya que termina con la frase "pedir a su enajenante la responsabilidad del saneamiento".

Es obvio que, dentro de nuestro sistema registral, contra el adquirente no son exigibles las hipotecas que no estuvieren inscritas; si lo están es incuestionable que el adquirente estuvo informado al tiempo de celebrar el contrato que le transfirió el dominio, no obstante que existiere cláusula que expresara que la cosa se vendía libre de gravámenes, censos, hipotecas, etc. Por tanto, no podría reclamar saneamiento quien adquirió el predio a sabiendas que se encontraba hipotecado, ya que el registro de la propiedad inmueble le informó o, por lo menos, debe presumirse fundadamente, que estuvo informado —atendida la publicidad registral— de la existencia de dicho gravamen.

La acción real o derecho de persecución contra el "tercer poseedor", o sea contra el nuevo dueño, sólo funciona en la hipótesis de encontrarse inscrito el gravamen hipotecario. Además, una de las condiciones sustanciales para la validez de la hipoteca, es su inscripción, según el art. 1013 inc. 2º del cód. civ., que se ocupa de los requisitos que debe reunir este gravamen. De donde se sigue que no sólo no existirá acción real o reipersecutoria, sino hipoteca, si no ha sido registrada.

Si el adquirente es a título gratuito, es decir, se ha transformado en propietario del inmueble por virtud de un contrato de donación, no podría exigir saneamiento. Asimismo, tampoco el acreedor hipotecario podría ejercitar contra el donatario la acción real, pero sí gozaría dicho acreedor de la acción pauliana o revocatoria conforme al art. 1098 del cód. civ. Adviértase que no estando inscrito el gravamen, no sería ya un acreedor hipotecario, sino, simplemente, un acreedor, aún cuando podría invocar la preferencia que le otorga el constar su obligación en escritura pública.

La cuestión puede resultar más complicada aún, si el donatario ha hipotecado el inmueble. La hipoteca es válida, como se infiere del texto del art. 1478, 3º del cód. cv., que dispone:

"Si se hallaren hipotecados los bienes donados, liberará la hipoteca (el donante), pagando la cantidad que garantice, con derecho de reclamarla del donatario" (en caso de revocación).

Nuestra legislación permite que el inmueble hipotecado pueda ser enajenado por el deudor. No se puede establecer la prohi-

bición de enajenar, sino en los casos permitidos por la ley, declara el art. 852 del cód. civ.; y los predios gravados con hipoteca pueden ser vendidos, porque no existe prohibición legal alguna. Sólo los inmuebles dados en garantía al Banco Central Hipotecario del Perú, no pueden ser enajenados, sino con consentimiento de esta institución. Es obvio que quien compra un inmueble hipotecado, no paga su precio real, sino que reserva la parte de éste que sea suficiente para cubrir en su día, la responsabilidad que afecta a la cosa por razón de la hipoteca que grava sobre ella. Es por ello que no se explica que pueda todavía exigir saneamiento de quien le vendió el predio.

El art. 1019 del cód. civ. se explica dentro de un sistema en que existen hipotecas generales y ocultas, pero no en el nuestro, en que toda hipoteca debe constar debidamente inscrita para ser oponible al "tercero del registro".

Es evidente que bajo la vigencia del cód. civ. abrogado y antes de la creación del registro de la propiedad inmueble en 1888, era posible que el adquirente de un inmueble tuviera que responder por gravámenes hipotecarios de los que no tuvo noticia al tiempo de contratar y que resultaban exigibles sobre el precio de la cosa. Por ello es que existía en ese cód. el art. 2049, que disponía.

"El tercer poseedor de la cosa hipotecada tiene derecho:

"1º De libertarla de la responsabilidad, pagando el crédito que resultare exequible por sentencia judicial.

"2º De pedir el saneamiento al vendedor, por las responsabilidades hipotecarias; o por todo el valor de la cosa, si fueren equivalentes los gravámenes, o se le desapropiase de ella por consecuencia de la hipoteca;

"3º De pedir la rescisión del contrato por el cual adquirió la cosa, si el vendedor no la liberta del gravamen hipotecario;

"4º De cobrar al vendedor el valor de los frutos, costas y perjuicios, a que éste es responsable en los casos de saneamiento".

El art. 2050 del mismo cód. de 1852 decía:

"No puede el tercer poseedor de la cosa hipotecada gozar del derecho de pedir el saneamiento, sino conforme a lo dispuesto en el título de la compra-venta".

La elaboración legislativa del art. 1019 del cód. civ. es la que sigue:

Su fuente se encuentra en el art. 2049 del cód. civ. de 1852. Un memorándum del Prof. OLAECHEA (96) cita el dispositivo, que deberá ser íntegramente reproducido. Textualmente expresa: "Art. 2049.— Como está, suprimido por innecesario el último inciso".

En la sesión de la Comisión Reformadora del 25 de febrero de 1927 (97), se pasó a discutir y votar el Anteproyecto relativo al contrato de hipoteca, del señor OLAECHEA; y respecto al art. 2049, se lee lo siguiente:

"Aprobado, previo el acuerdo de la Comisión en el sentido de modificar la redacción del inc. 2º, en forma que comprenda la idea expresada actualmente, pero sin emplear la palabra "saneamiento".

En el Proyecto de cód. civ., elaborado por SOLF, OLAECHEA, OLIVEIRA, CALLE y VALDIZAN (98), bajo el número 1014 figura este dispositivo:

"El tercer poseedor del bien hipotecado tiene derecho de pagar el crédito que resulte exequible por sentencia y pedir a su enajenante la responsabilidad del saneamiento".

Revisado el Proyecto por una comisión parlamentaria, no estableció modificación alguna.

Ahora, la doctrina de este dispositivo resulta verdaderamente inexplicable, porque quien adquiere a título oneroso un predio, sólo responderá de las hipotecas debidamente registradas.

Ni siquiera dentro de la contratación de inmuebles fuera de registro, puede darse el caso de hipoteca que subsista contra el adquirente a título oneroso. Es verdad que en nuestra Patria se transfiere el dominio inmobiliario sobre predios no inscritos; pero ni aún en estos casos, el adquirente a título oneroso puede responder con el predio así adquirido de una hipoteca ignorada, porque uno de los requisitos de esta seguridad real es su inscripción. No cumpliéndose con el registro, no existirá la hipoteca, y lo único que existe es una obligación a cargo del deudor-vendedor que consta en instrumento público, la que no puede hacerse efectiva sobre los bienes que hubieren salido de su patrimonio, porque las obligaciones pasivas que asuma el vendedor, por más cuantiosas que fueren, no lo privan del *jus disponendi*.

(96) ACTAS, fasc. 6, ed. 1926, p. 319.

(97) ACTAS, fasc. 7, ed. 1929, p. 39.

(98) Proyecto de Código Civil, elaborado por la Comisión creada por R. S. de 22 de agosto de 1922, Lima, Lib. e Imp. Gil 1926, p. 147.

Declara el art. 1050 del cód. civ., que “para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone”, o sea que la hipoteca le sería oponible al comprador del predio, si estuviera inscrita con anterioridad al contrato de compra-venta por cuya virtud se operó la transferencia de dominio del vendedor al comprador.

Es necesario también tener en cuenta, para los efectos de la nulidad de los contratos sobre inmuebles, que puedan dar lugar a la acción de saneamiento, el art. 1052 del cód. civ., que reza: “Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro”.

La contratación inmobiliaria es firme y no susceptible de ser anulada, a no ser que la causa de nulidad aparezca de los asientos del registro.

Hay, sin embargo, una nulidad que puede dar lugar a la acción de saneamiento contra el vendedor. Es la que crea el art. 74 del cód. penal, que puede ser declarada judicialmente aún cuando no exista la causal de nulidad en el registro de la propiedad inmueble. Declara ese precepto:

“Todos los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al delito, serán anulados en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hicieren insuficiente para la reparación”.

El contrato de compra-venta puede ser declarada su nulidad, si el vendedor es un delincuente; y nótese que al tiempo de contratar el comprador lo ignoraba, ya que el descubrimiento del autor se produjo mucho después de la venta.

Es obvio que esta acción de saneamiento resultaría ilusoria, desde que la nulidad del contrato que origina la acción hubo de promoverse y conseguirse en razón que el autor del hecho delictuoso carecía de patrimonio realizable.

Contiene, además, el cód. pen. disposiciones sobre pago de la reparación civil, que crean preferencias aún sobre la hipoteca, no obstante que no vivían en el registro de la propiedad al tiempo en que se inscribió este gravamen real. Previene el art. 73 de ese cód. que “el damnificado o sus herederos tendrán pre-

ferencia por la reparación civil contra todos los acreedores hipotecarios del condenado por obligaciones adquiridas después de cometido el delito”.

Asimismo, el art. 74 ya reproducido concede el derecho a los acreedores por reparación civil de anular la obligación que la hipoteca garantiza, por lo que declarada la nulidad de lo principal desaparecería la hipoteca, que es lo accesorio.

Es de anotar que se trata de obligaciones contraídas por el delincuente con posterioridad a la comisión del acto delictivo; empero, puede ocurrir, como ya se expresó, que el descubrimiento del autor del delito se haga posteriormente a la constitución de la hipoteca.

También es de citar el art. 72 del cód. pen., que en caso de delito flagrante se inscribirá sobre los bienes inmuebles del imputado hipoteca legal, en proporción bastante para la reparación civil. En este caso, la hipoteca necesita registrarse y la preferencia entre las hipotecas se decide por la fecha de su registro. En la hipótesis de que quien es imputado de un delito flagrante haya enajenado un inmueble a título oneroso a tercero, la hipoteca legal sería ininscribible por ser el predio de persona distinta del deudor. Sin embargo, la venta, la permuta o la adjudicación en pago no podrían anularse porque se trata de actos o contratos anteriores a la comisión del delito.

Con el propósito de evitar a quienes contratan sobre inmuebles bajo la fe del registro, ser sorprendidos con nulidades no previstas y desconocidas, el legislador dictó la ley N° 9014, de 23 de noviembre de 1939, cuyo art. 5° reproducía el texto del art. 74 del cód. penal y le hacía un agregado saludable:

“Todos los actos practicados y las obligaciones adquiridas por los comprendidos en la instrucción, serán anulados en cuanto disminuyan el patrimonio del responsable civilmente y lo hicieren insuficiente para la reparación.

“A este efecto, deberá inscribirse en los Registros Públicos el sometimiento a instrucción de los encausados”.

Empero, la vigencia de este dispositivo fué corta porque el artículo único de la ley N° 10203, de 22 de junio de 1945, derogó la última parte del art. 5° de la ley 9014. En realidad, debió derogar todo el precepto, ya que el primer párrafo de dicho artículo 5° estaba contenido en el art. 74 del cód. penal.

Grave peligro sobrellevan actualmente quienes adquieren inmuebles bajo la fe del registro de la propiedad inmueble, si sus enajenantes resultan delincuentes, por indagaciones poste-

riores, y los hechos que se les incriminan fueron realizados antes de las adquisiciones onerosas.

La anticresis es también una de las garantías reales sobre inmuebles, que si puede dar lugar a la acción de saneamiento, ya que no es requisito para su nacimiento la inscripción registral del gravamen. Hay entonces que distinguir entre inmuebles cuya transferencia se hace dentro del registro y aquellos en que el derecho de propiedad se transfiere conforme a las reglas del derecho común. Es por manera evidente que quien compra un inmueble de quien aparece como dueño según el registro, no responderá de la anticresis, si el gravamen no ha sido, a su vez, inscrito, con anterioridad al contrato de enajenación. La circunstancia de que la anticresis lleve invívita la desposesión del deudor por el acreedor anticrético, carece de relevancia, ya que el inmueble no sólo puede ser poseído por persona distinta del vendedor por virtud del gravamen anticrético, sino también como efecto de otros contratos, por ejemplo, el de locación-conducción. Además, esta seguridad real no reclama la posesión inmediata del acreedor anticresista, ya que éste puede haberlo dado en arrendamiento. El comprador, amparado en la fe del registro de la propiedad inmueble, no está obligado a responder con la cosa adquirida, de un gravamen sobre ella que no se ha registrado.

La solución es distinta si el inmueble dado en anticresis es enajenado por su deudor, sin que el inmueble ni la transferencia de dominio se inscriba. Hay entonces que aplicar las reglas del derecho común y por aplicación del principio "*Nemo plus iuris.....*", es incuestionable que el adquirente del dominio tiene que respetar el derecho real de anticresis no inscrito y soportar, en su día, la ejecución del predio que promueva el acreedor mediante la acción real o reipersecutoria.

Si el acreedor anticresista intentara la ejecución y la venta judicial del inmueble dado en anticresis, procede la citación de evicción del vendedor; además, el gravamen no le es oponible al comprador registral si la anticresis no ha sido registrada y éste tiene su derecho expedito para reivindicar el inmueble anticrético, sin pagar la obligación de capital que asegura. Pero si el predio se ha enajenado sin estar inscrito, y en el instrumento de enajenación no se dió cuenta de la existencia de la anticresis, procede promover, por el comprador, la acción de saneamiento contra su enajenante, sin esperar que el acreedor reclame el pago de la obligación asegurada; en este caso, procedería pedir la citación de evicción del vendedor.

98.—*Prescripción*.— En cuanto a saneamiento por razón de evicción tenemos las siguientes características:

La acción de saneamiento por razón de evicción es real. Rige, entonces, el plazo señalado en el inc. 1º del art. 1168 del Cód. Civ., o sea, que vive veinte años. Pero estos veinte años se cuentan desde el día en que el comprador fué eviccionado (art. 1161 del cód. civ.).

El cód. civ. de 1852 no contenía precepto específico sobre la prescripción de la acción de saneamiento por evicción. El art. 1161 del nuevo cód. no admite duda: se cuenta la prescripción desde el día en que se sufrió la evicción. La sent. de 18 de diciembre de 1906 (99) resolvió que la prescripción de la acción de saneamiento por evicción comenzará a computarse no desde la fecha en que se otorgó la escritura pública del contrato de compra-venta, sino desde la fecha de la citación con la demanda que da mérito a dicha acción. Para que nuestro Tribunal Supremo aplicará tal doctrina se invocó el art. 2161 del cód. abrogado, que declaraba: "El derecho de pedir el saneamiento se prescribe como las acciones ordinarias; contándose el tiempo para esta prescripción, desde que el coheredero sufrió la pérdida de los bienes hereditarios"; y el art. IX del T. P. del mismo cód., que prevenía: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos, resolverán atendiendo: 1º al espíritu de la ley; 2º a otras disposiciones sobre casos análogos; y 3º a los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran". El auto de 1ª instancia había declarado fundada la excepción de prescripción que con el carácter de previo y especial pronunciamiento había deducido el enajenante, porque había transcurrido con exceso el plazo de 15 años señalado para la prescripción de la acción personal; decía también el juzgador que el saneamiento por evicción como obligación impuesta al vendedor en garantía de los derechos que trasmite al comprador, no podía ser indefinida en su duración y debería prescribir siguiendo la regla general para la prescripción de las acciones personales.

Hay quienes sostienen que la acción de saneamiento por evicción es personal; empero, adviértase que el enajenante ha incumplido su obligación de transferir el derecho de propiedad; y

(99) "A. J.", 1906, p. 519 ss.

éste es el derecho real por excelencia; el derecho real pleno y perfecto.

98a).—*El saneamiento por evicción en el derecho alemán.*—No se conoce bajo este nombre la responsabilidad del vendedor, sino por “vicios jurídicos”. Dichos vicios aparecen cuando el vendedor no cumple con sus obligaciones y reciben también el nombre de “vicios en el derecho”. Cuando estos vicios aparecen se invoca el § 440, 1er. apartado:

“Si el vendedor no cumple las obligaciones que le incumben con arreglo a los §§ 433 a 437 y 439, se regularán los derechos del comprador por lo prescrito en los §§ 320 a 327”. (Estos §§ tratan del contrato sinalagmático).

Las obligaciones del vendedor con arreglo al § 433 del BGB, son las de entregar la cosa al comprador y transmitirle su propiedad.

Conforme al § 434 del mismo BGB, “el vendedor está obligado a entregar al comprador el objeto vendido, libre de todos los derechos que puedan ser reclamados sobre la cosa por terceros”.

El vendedor responde si no proporciona al comprador un derecho de propiedad ilimitado (99 bis). El comprador no sólo quiere “recibir algo en la mano”, sino que quiere disfrutar pacíficamente de ese algo. Por esto, el vendedor debe ofrecerle al comprador la suficiente seguridad jurídica.

La carga de la prueba sobre la existencia del vicio jurídico, corresponde al comprador. Así, § 442: “Si el vendedor impugna el vicio que el comprador quiere hacer valer, deberá éste probarlo”. Sin embargo, este dispositivo no se observa en ciertos casos; así, por ejemplo, si el comprador afirma que la cosa no le ha sido entregada, corresponde al comprador probar dicha entrega. Este, conforme a nuestro derecho, no constituiría vicio jurídico que franquea la acción de saneamiento.

Igual que en nuestro derecho, la responsabilidad del vendedor se extingue en caso de renuncia por el comprador. Sin embargo, el § 443:

(99 bis) La responsabilidad del vendedor por los vicios jurídicos aparecerá también si no entrega la cosa vendida o si habiéndola entregado no otorga una propiedad ilimitada al comprador. La propiedad de las cosas muebles pasa al comprador, como en el derecho peruano, con la entrega. Pero en cuanto a los inmuebles, no basta el contrato para transferir su dominio; es necesario que se cumplan los requisitos del Derecho de cosas (la inscripción registral § 925 BGB). El contrato de venta inmobiliario deja viva la obligación de entregar, en Derecho germano.

“Será nulo el contrato que tenga por objeto abolir o restringir la obligación de garantía que incumbe al vendedor con arreglo a los §§ 433 a 437 y 439 a 442, por vicio de derecho, cuando el vendedor oculte dolosamente este vicio”.

Como se ha visto, el § 440 indica a los §§ 320 a 327, que regulan los contratos bilaterales o sinalagmáticos. Es por esta referencia que el comprador puede hacer uso de los siguientes medios:

1º Acción judicial ordinaria para exigir el cumplimiento de la obligación y, además, la indemnización de daños por retraso (mora). Existe una pretensión en quien acciona porque se le debe una prestación.

2º Deducir la excepción de contrato no cumplido, por la que se confrontan las obligaciones. Si el vendedor reclama la entrega del precio le asiste al comprador el derecho de negar la prestación que le incumbe hasta que reciba la contraprestación. A este respecto, el § 320 del BGB dice:

“El obligado por virtud de un contrato sinalagmático podrá negarse a realizar su prestación que le incumbe hasta que se haga la contraprestación, a no ser que se haya obligado a hacerla inmediatamente. Si la prestación hubiere de hacerse a varios derechos habientes podrá rehusarse la parte correspondiente a cada uno hasta que se realice toda la contraprestación. No es aplicable a esta materia lo dispuesto en el párrafo 3º del § 273 (que declara que el acreedor podrá impedir el ejercicio del derecho de retención dando garantías, que podrán consistir en una fianza).

“Si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias, y en particular la insignificancia de la parte restante”.

Tiene interés la carga de la prueba, ya que lo que se controvierte es si se cumplió o no con la prestación. El actor debe probar que la prestación que se le debe y exige no ha sido cumplida. Si el demandado alega que, a su vez, el actor le debe la prestación que le concierne, entonces dicho demandante debe probar que ha cumplido con la prestación a que estaba obligado o, por lo menos, deberá ofrecerla inmediatamente.

Por la compra que ha hecho, dicho comprador no está obligado a soportar derechos reales sobre la cosa comprada cons-

tituídos a favor de terceros; por ejemplo, un derecho de usufructo. Tampoco podría tolerar derechos de crédito como contratos de arrendamiento. Así, quien compra una casa y se encuentra con que está alquilada y no puede desahuciar al inquilino. El vendedor responderá de esto al comprador.

Conviene esclarecer esta situación en el derecho peruano, que tiene idéntica regulación en el derecho alemán; y en éste en forma más absoluta, porque todo derecho sobre inmueble para ser respetado por el tercero, debe estar registrado.

En el Perú, en general, se inscriben los contratos de locación, según el art. 1042 inc. 9º del cód. civ. Asimismo, en caso de venta del predio locado, el nuevo dueño sólo respetará los contratos de arrendamiento que estuvieren inscritos. Lo dice el art. 1515 del cód. civ. Sin embargo, tratándose de inmuebles urbanos alquilados para casa-habitación, la enajenación a título oneroso del inmueble no acaba con el alquiler, salvo que quien la compre la necesite para habitarla y sea, además, su única propiedad y el alquiler esté sujeto a tiempo indeterminado, o la quiera para reconstruirla.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los arrendamientos sólo serían susceptibles de inscribirse, lo mismo que los derechos reales de usufructo, superficie, etc., si el inmueble sobre el que inciden se encuentra inscrito. Si se trata de venta de inmueble no registrado, obviamente el adquirente deberá respetar no sólo los derechos reales de usufructo y otros (no el de hipoteca, porque si no se registra la hipoteca no existirá, según el inc. 2º del art. 1013 del cód. civ.), ya que la existencia de esos derechos reales no está subordinada a registro alguno, sino también los arriendos no inscritos, ya que en este caso debe aplicarse las reglas del derecho común y no la doctrina registral. Por tanto, rige la máxima "*Nemo plus iuris*" (Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor ni más extenso que el que tiene).

Hemos dicho que en Alemania esta cuestión opera en forma más absoluta. Así, declara el § 892 del BGB:

"Si cualquiera hubiese adquirido por un acto jurídico un derecho sobre un predio o sobre este mismo derecho, se considerará exacto, en su beneficio, el contenido del registro, a no ser que se haya inscrito una cuestión sobre la exactitud o que el adquirente tenga conocimiento de la inexactitud. Si el propietario de un derecho inscrito en el registro de la propiedad sufriese en su facultad de disponer una restricción en beneficio de una persona determinada, sólo tendrá efecto dicha restricción respecto del

adquirente, cuando tenga conocimiento de ella o esté inscrita en el registro”.

“Si para la adquisición de un derecho fuese necesaria la inscripción, para la determinación, si el adquirente tuviese conocimiento de la situación real, deberá atenderse al momento de la presentación de la demanda de inscripción, o si el acuerdo necesario según el § 873 viniese después, al momento en que se realice este acuerdo”.

Y es por virtud del saneamiento que debe el vendedor, que el § 435 del BGB dispone:

“El vendedor de un predio o de un derecho sobre éste, estará obligado a cancelar a sus expensas los derechos no existentes, inscritos en el Registro de la propiedad, cuando, caso de existir, perjudiquen al derecho del comprador”.

“Lo mismo sucederá en caso de venta de un buque o de un derecho sobre el mismo, en cuanto a los derechos inscritos en el registro marítimo”.

También cabe deducir la excepción (en cuyo caso se llama “*exceptio non rite adimpleti contractus*”) cuando se ha pretendido cumplir con una prestación distinta a la que se debe, o cuando la prestación no ha sido cumplida en forma total y completa. Sin embargo, como se observa en el 2º apartado del § 320, no puede invocarse válidamente la excepción si la parte incumplida de la prestación es muy pequeña con relación al todo, o si ello resulta contrario a los usos y buenas relaciones negociales.

3º Puede también el comprador elegir entre exigir al vendedor la indemnización de daños por el incumplimiento o la resolución del contrato.

4º Finalmente, el comprador tiene contra su vendedor una acción por acto ilícito, si la conducta del vendedor así lo justifica. Por tanto, el comprador pediría la resolución del contrato y la indemnización por el acto ilícito (100).

Como el registro de la propiedad es constitutivo y no sólo declarativo, la evicción por no ostentar el adquirente el derecho de propiedad, es casi imposible de producirse.

(100) J. W. HEDEMANN, D. de Obligaciones, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 32, Nº IV, p. 254 y ss.

93.—*La evicción y el saneamiento en otros títulos del Código Civil peruano.*— Reproduciremos los textos:

Título II - Sección Cuarta - Libro Tercero - De la indivisión y de la partición

Art. 793.— Vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán a prorrata, y si alguno resulta insolvente, la responsabilidad se repartirá entre los solventes y el que la pide”.

Art. 794.— No hay evicción y saneamiento cuando el juicio proviene de causa expresamente excluida de la partición, ni de las que sobrevienen a ella”.

Estos dos artículos conjugan con otro artículo colocado en el Título IV de la Sección Tercera del Libro Cuarto; título que se ocupa del condominio. Dice:

Art. 921.— “Los condóminos están recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento, en proporción a la parte de cada uno”.

Y esto es así porque la partición es una permuta, como lo declara el:

Art. 922.— “Por la partición permutan los condóminos, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican en cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican”.

Título II - Sección Quinta - Libro Quinto - Cesión de Créditos

Art. 1458.— “El que cede un crédito u otro derecho, debe sanear su existencia al tiempo de la enajenación”.

Art. 1459.— “El que cede un crédito no responde de la solvencia del deudor, sino cuando se hubiese obligado a ello, y solamente hasta la cantidad que recibió como precio”.

Art. 1460.— “El saneamiento de que habla el artículo anterior, siempre que no haya convenio diverso, se limita a la solvencia del deudor en el momento de la cesión, o de aquél en que la obligación sea exigible si es condicional o a plazo”.

Art. 1461.— “El que cede un derecho hereditario, sin especificar en lo que consiste, sólo está obligado a sanear su calidad de heredero”.

Art. 1464.— “Cuando la cesión de crédito se opere por ministerio de la ley, el acreedor originario no responde ni de su realidad, ni de la solvencia del deudor”.

Título IV - Sección Quinta - Libro Quinto - De la Donación

Art. 1471.— “El donatario tiene todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante”.

Si el donatario cumple ciertos cargos, puede pedir el saneamiento.

Título IV - Sección Segunda - Libro Segundo - De la Dote

Art. 223.— “Todos los que constituyen dote están obligados a la evicción y saneamiento de los bienes que la componen, salvo estipulación contraria”.

Título XIV - Sección quinta - Libro quinto - De la sociedad

Aunque el cód. civ. no lo diga expresamente, los socios están obligados a la evicción de sus aportes en especie o industria.

Y al producirse la liquidación rigen, por analogía, las normas sobre partición de bienes comunes (art. 1748 del C. C.), por lo que son aplicables los dispositivos que sobre evicción hay para el condominio.

Título XVII - Sección Quinta - Libro Quinto - De la Fianza

Art. 1795.— “Si el acreedor acepta del deudor un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador”.

Título III - Sección Cuarta - Libro Cuarto - De la Hipoteca

Art. 1019.— “El tercer poseedor del bien hipotecado tiene derecho de pagar el crédito que resulte exigible por sentencia y pedir a su enajenante la responsabilidad del saneamiento”.

BIBLIOGRAFIA

- ACTAS de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, fascículo VI, Lima, 1926.
- APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ G., Código Civil, Concordancias, tomo III, Lima, 1942.
- AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil Française d'après la methode de Zachariae, tomo IV, 6a. éd., Paris.
- AUBRY et RAU, Droit Civil Français, tome V, 6a. éd., Paris, 1946.
- BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, XII. Des Obligations, tome I, 3a. éd., Paris, 1907.
- BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, XIII. Des Obligations, tome II, 3a. éd., Paris, 1907.
- BAUDRY-LACANTINERIE et Saignat, Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. XIX. De la Vente et de l'échange, 3a. éd., Paris, 1908.
- BAUDRY-LACANTINERIE G., Précis de Droit Civil, tome II, 5a. éd. L. Larose, éditeur, Paris, 1895.
- BEVILAQUA, Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil, tomo IV, Rio de Janeiro, 1917.
- CAPITANT, De la cause des obligations, 3a. éd., Lib. Dalloz, Paris, 1927.
- CARVALHO DE MENDONCA, Doutrina e Pratica das Obrigações, tomo II, Rio de Janeiro, 1938.
- COLIN A. y CAPITANT H., Curso Elemental de Derecho Civil, tomo III, 2a. ed. castellana, Madrid, 1943.
- COLIN A. y CAPITANT H.— Curso Elemental de Derecho Civil, ed. castellana, tomo IV, Madrid, 1925.
- DEMOLOMBE, Cours de code de Napoléon, XX Donations, tome III, Paris.
- DEMOLOMBE, Cours de Code de Napoléon, XXIV, Traité des Contrats, tome I, A. Lahure, Paris.
- DEMOLOMBE C., Cours de Code de Napoleon, XXV, Traité des contrats, tome II, éd. de Paul Grévin, A. Lahure, imprimeur-éditeur, Paris, s/a.
- DE DIEGO Clemente, Transmisión de las obligaciones en el derecho moderno, Madrid.
- DURANTON, Cours de droit français suivant le code. civil, tome XVI, Paris, 1844.
- ENNECCERUS Ludwig, Tratado de Derecho Civil, tomo II, Derecho de obligaciones, volumen 1, ed. Bosch, Barcelona, 1935.
- ENNECCERUS Ludwig, Tratado de Derecho Civil, tomo II, Derecho de obligaciones, volumen 2, ed. Boch, Barcelona, 1935.
- ESPINOLA Eduardo, Sistema de Direito Civil Brasileiro, tomo II, volumen 2, Lib. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1945.

- GIORGI Jorge. Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, volumen IV, ed. Hijos de Reus, Madrid.
- GIRARD, Textes de droit romain, Publiés et annotés, Paris, 1913.
- HEDEMANN J. W., Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, volumen III, traducción del alemán, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- HUC Th., Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil, tome VII, éd. 1894.
- JOSSERAND Louis, Derecho Civil, t. II, Contratos, vol. 2, (traducción), Buenos Aires, 1951.
- LAROMBIERE, Théorie et Pratique des Obligations, tome III, Paris, 1885.
- LAURENT, Principes de Droit Civil Français, tome XVII, 4a. éd., Paris-Bruxelles, 1887.
- MESSINEO Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo V, Ediciones Europa-América, Buenos Aires, 1955.
- PLANIOL- RIPERT y Esmein, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VI, ed. castellana, Habana, Cultural S. A.
- PLANIOL-RIPERT y Hamel, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo X, Habana, 1940, Cultural, S. A.
- RIPERT Georges, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1927, Librairie général de Droit et de Jurisprudence, deuxième édition.
- RUGGIERO R. de, Instituciones de Derecho Civil, tomo II, volumen I, Instituto Edit. Reus, Madrid, 1944.
- SALVAT Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Contratos, tomo I, Buenos Aires, 1946.
- VALVERDE Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, tomo III, Madrid, 1937.
-