

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata
28, 29 y 30 de septiembre de 2017.

Comisión N° 5
Contratos: “Obligación de saneamiento”

Ponencia
“La mala fe en la obligación de saneamiento”

Dr. Pascual Eduardo Alferillo

Propuesta:

En general:

La mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.

En la obligación de saneamiento:

La mala fe está prevista como causal de invalidez de las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad por saneamiento en el inc. a) del art. 1038 del Cód. Civ. y Com. y, únicamente se le requiere al adquirente que acredite que el enajenante conoció o debió conocer llevando a cabo las diligencias que le eran exigibles conforme a las circunstancias de modo, tiempo y lugar el peligro de evicción o la existencia de vicios.

En el inc. b) se presume la mala fe del enajenante si actúa profesionalmente en la actividad relacionada con la enajenación, en razón de su capacidad técnica. Igual criterio se aplica al adquirente porque se presume que con su saber experto pudo conocer fehacientemente el alcance de la cláusula contractual pactada.

En el inc. b) del art. 1556 Cód. Civ. y Com., regula que cuando la transferencia es a título gratuito, el transmitente debe responder por evicción y por los vicios si la donación fue realizada de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario.

El inciso a) del art. 1040 Cód. Civ. y Com., excluye como acreedor de la reparación del daño por saneamiento, al adquirente de mala fe que es aquel que conoció o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios.

El inc. b) del art. 1040 Cód. Civ. y Com., que exime de responder por los daños derivados del saneamiento al enajenante que no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios, contradice el principio de reparación plena previsto en el art. 1740 Cód. Civ. y Com.

Fundamentos:

1. Concepto y funciones de la mala fe.

En el sistema jurídico argentino impera el principio de legalidad reglado por el arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional que indican que nadie puede ser sancionado sin ley anterior al hecho del proceso y que ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíba.

La Corte Suprema ha sostenido al respecto que “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca” (Fallos: 191:245 y su cita)¹.

El principio de legalidad impera, de igual modo, en el derecho privado, normativa que impone reflexionar si basta con declamar el principio de buena fe, transformada en regla jurídica, para sancionar las conductas contrarias al mismo o, teniendo en cuenta el principio de legalidad es menester tipificar las conductas de mala fe que serán objeto de sanción por la ley.

Al respecto se estima que es legalmente exigible que se precise cuando una conducta es de mala fe y cuál es la sanción que recibirá.

En la búsqueda de construir la teoría general de la mala fe se ha revisado el contenido normativo de distintos sistemas jurídicos procurando desentrañar como se conceptualiza un comportamiento de mala fe.²

Del estudio realizado de las normas y notas del derogado Código Civil se observa que el codificador no fijó un concepto genérico para evaluar cuando se tipifican las conductas de mala fe pero en cada artículo en que trata el tema pone énfasis en describir cual es el conocimiento que tenía o debía tener el sujeto de la circunstancia que se estima importante para el caso reglado.

Se suma a ello, el contenido del art. 4 de las Recomendaciones Conjuntas adoptadas por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima sexta serie de reuniones de la Asamblea de los Estados Miembros de la OMPI, realizadas el 24 de setiembre al 3 de octubre de 2001, donde se establece a la mala fe como el factor de atribución para resolver los conflictos marcarios.³

¹ CSJN, R. 230. XXXIV. “Recurso de Hecho. Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”. 9 de marzo de 2004. En el mismo sentido, C. 904. XXXVII. “Cencosud S.A. c/ Secretaría de Industria Com. y Minería C disp. DNCI 274/00”, 15 de junio de 2004. En este fallo se dijo: “el principio de legalidad consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional (9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15:1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se establezcan las penas a aplicar (Fallos: 304:892).

² Alferillo, Pascual Eduardo, “Reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” con los factores de atribución subjetivos” en “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Director Marcos M. Córdoba – Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera – Viviana Kluger, Editorial La Ley – 2004, pág. 219; Conferencia de Ingreso como Académico Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 9 de setiembre de 2003 bajo el título “Reflexiones sobre la mala fe”. Anales – Año Académico 2003 – Córdoba, pág. 151 publicado en Anales-Año Académico 2003, pág. 151, página web www.acader.unc.edu.ar; Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año CVIII abril, mayo, junio 2005, pág. 23 y “La mala Fe”, 122 *Vniversitas* 441-482 Colombia (2011).

³ <http://www.wipo.int/amc/es/>

De igual modo, del pormenorizado estudio del contenido del Código Civil y Comercial se infiere que no se ha definido expresamente un concepto de mala fe, pero la figura es referenciada en reiteradas oportunidades, circunstancia que permitió elaborar una teoría general y dentro de ella, perfilar un concepto de mala fe.⁴

Sin perjuicio de ello cabe acotar que la gran omisión fue no regular a la mala fe, en términos genéricos, primando el criterio de Kemelmajer de Carlucci⁵ quién prefirió que evolucionara la figura por los cauces hermenéuticos de la doctrina judicial como ocurrió con la “coretzezza” del art. 1175 CCivil Italiano⁶.

En otras palabras, la ausencia de una conceptualización general ha impedido colocar al nuevo código en la vanguardia de la posmodernidad jurídica en esta materia que es muy necesaria para dar respuesta a problemas propios de la sociedad del conocimiento, cuando cumple las funciones como de factor de atribución.

Sin perjuicio de esta opinión, se conceptualiza que *la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.*

Cuando se califica al conocimiento de relevante es para destacar que, de acuerdo a lo observado en el contenido de los artículos examinados, no es cualquier circunstancia, condición, dato, etc., sino de uno realmente importante, trascendente o determinante, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y rasgos tipificantes de cada acto.

En otros términos, vislumbramos que la mala fe encuentra su perfil específico en el conocimiento jurídicamente relevante que el sujeto tiene o debe tener de acuerdo a las características de cada acto jurídico.

Por ello, el individuo que tiene o debió tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto del acto o culposamente no lo tiene al celebrar el negocio, está trasgrediendo la confianza y lealtad que debe primar en todos los actos jurídicos.

Estas conductas exigibles, para Jordano Fraga surgen de reconocer la existencia en el ámbito obligacional de los deberes de protección que son secundarios del deber de prestación (principal).

⁴ Alferillo, Pascual Eduardo, “La mala fe en la celebración de los contratos”, Revista Iberoamericana de Derecho Privado de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, Tomo 1 Mayo 2015, La buena fe contractual, <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=pubicacion&idpublicacion=76&idediccion=456>. Si se procura desentrañar cual es el concepto de mala fe se debes recurrir a la interpretación a contrario sensu por cuanto en los arts. 427 y 1918 del código unificado se describen comportamientos de buena fe, razón por la cual inferimos de estas definiciones que es de mala fe cuando conoce el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad en el caso del matrimonio o cuando conoce que carece de derecho; y en ambos casos no puede invocar una excusa absolutoria que está en el error o ignorancia de lo que debía conocer y no conoció por negligencia. Una de las pocas excepciones donde se precisa la conducta reprochable, la verificamos, en el art. 1556, que cuando trata el tema de la garantía por evicción regulando que el donante solo responde b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario” . A ella se debe sumar el contenido del inc. a) del art. 1038 que claramente describe una conducta ejecutada de mala fe.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La buena fe en la ejecución de los contratos”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 18 – “Responsabilidad contractual II”, (Rubinzal-Culzoni Editores- Santa Fe-Buenos Aires – 1998) pág. 215. La profesora recuerda con citas de autores italianos que esta norma fue considerada como uno de los símbolos de la solidaridad corporativa, razón por la cual algunos estimaban que a posteriori de la caída del régimen fascista, la misma - por el desprecio contra esa etapa- se la estimó abrogada tácitamente.

⁶ Art. 1175 Comportamento secondo coretzezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della coretzezza (Cod. Civ. 1337, 1358).

Los primeros “fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes de los daños que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación⁷”.

Por otra parte, en los estudios precedentes se precisa que las conductas de mala fe pueden ser divididas entre “no punibles” y las “punibles”

En la primera categoría se puede incluir: a) La mala fe jurídicamente tolerable que sería aquella de escasa importancia o la que recae sobre un hecho, circunstancia, dato, etc. no relevante a la luz de las características del acto examinado; b) En la mala fe recíproca, es decir cuando la conducta de los sujetos partícipes del acto este teñida por ella.

A su vez, la mala fe punible puede ser dividida en función de la clase de sanción prevista:

a) Con la indemnización de los daños y perjuicios. Verbigracia, arts. 972, 1480, 2009, 2569, 2784, 2435, 3430, etc. del Código Civil; arts. 337, 340, 429, 1009, 1581, 1957, 1962, 2305, etc. del Código Civil y Comercial Ley 26.994.

b) Con la nulidad. Por ejemplo el art. 2099 Código Civil sanciona con la nulidad de la convención que libre al enajenante de responder por evicción cuando ha existido mala fe de parte de éste, o art. 1741 primera parte que establece que la renuncia de mala fe es nula respecto de los socios. En el Código Civil y Comercial, se sanciona con la nulidad en los arts. 45, 365, etc.

c) Con la privación de derechos, como es en los casos regulados por los arts. 222 (efectos de la nulidad del matrimonio), 1071 (pérdida del amparo legal cuando existe un ejercicio abusivo del derecho), 1742 segunda parte (pérdidas de las ganancias y adjudicación de las mismas a la sociedad y asunción de las pérdidas por el socio renunciante de mala fe). En el Código Civil y Comercial Ley 26.994, art. 10, 27, 144, etc.

Otra clasificación es la de mala fe simple y mala fe viciosa que tiene en cuenta el conocimiento que se tiene de la falta de derecho o de su ilicitud. Esta clasificación se infiere del contenido del art. 1921, que se verifica cuando la posesión de mala fe es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza o de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza.

La pregunta trascendente es cuál es la importancia práctica de la figura de la mala fe. La respuesta es simple, quién la invoque debe acreditar únicamente que la parte contraria tenía o debía tener el conocimiento relevante. No debe probar la intencionalidad dañina, como ocurre con el dolo. Ni siquiera debe acreditar la negligencia incurrida que impidió la toma del conocimiento que debía tener, por cuanto ello se presume de las circunstancias concomitantes del caso.

2. La mala fe en la obligación de saneamiento.

La obligación de saneamiento es regulada por el Código Civil y Comercial en los arts. 1033 a 1058, donde se establece inicialmente que el obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos.

De la atenta lectura de las normas que componen el régimen se verifica se describen conductas de mala fe y se precisa cual es la punición en cada caso.

El art. 1033 regula la obligación de saneamiento que asumen, de un modo individual, quienes han realizado la transmisión de bienes a título oneroso.

⁷ Francisco Jordano Fraga, “*La responsabilidad contractual*”, 141, (Primera edición, Editorial Civitas S. A. – Madrid – España – 1987). Este autor completa la idea expresando que “los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación, de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido...”

En ese sentido establece que están obligados al saneamiento: a) el transmitente de bienes a título oneroso; b) quien ha dividido bienes con otros y c) sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso.

Con relación a los primeros existe consenso respecto de que el sujeto que transmite un bien a título oneroso garantiza al adquirente la integridad del mismo.

La excepción, transferencia a título gratuito, viene regulada en los arts. 1556 y 1557 del propio código unificado.

En la primera norma, se regula que el donante sólo responde por evicción en los siguientes casos: a) si expresamente ha asumido esa obligación; b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario; c) si la evicción se produce por causa del donante; d) si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo.

En las tres primeras hipótesis existe donación gratuita, razón por la cual el motivo para imponer el deber de garantizar la transferencia del bien se focaliza en otra causa, como es pactar la integridad del bien donado, la existencia de mala fe en el donante o que sea el propio donante el responsable de la producción de la evicción. En cambio, las del inc. d), las donaciones tienen onerosidad a partir de reconocer la existencia de una contraprestación.

Por otra parte, cabe destacar que el Código Civil y Comercial tiene una especial preocupación por regular la operatividad en la praxis de la garantía de saneamiento que es un modo de asegurar la tutela efectiva de los derechos amparados.

En ese sentido, regula en el art. 1036 la disponibilidad de la garantía fijando como regla que “la responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Estas pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Como se infiere el art. 1036, sin lugar a hesitación, regula la disponibilidad de la responsabilidad por saneamiento y ratifica, en su primera parte, la calidad de norma supletoria legal frente a la omisión de la voluntad de las partes en las cláusulas del contrato que se fijó como pauta general en el art. 962.

No se puede hablar de norma indisponible, porque la misma ley permite a las partes incrementar, disminuir o suprimir el alcance, en este caso de la responsabilidad, lo cual no implica que no pueda ser limitada autónomamente, la garantía de saneamiento. Por ejemplo, solo para el caso de evicción y no por los vicios redhibitorios.

Sin embargo la libertad para disponer de los límites de la responsabilidad derivada de la garantía de saneamiento está legalmente restringida en términos generales, en primer lugar, por el art. 1037 donde se prevé que “las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad por saneamiento son de interpretación restrictiva”.

Y específicamente, se las tiene por no convenidas la supresión o disminución de la responsabilidad por saneamiento, en el art. 1038, cuando a) el enajenante conoció, o debió conocer el peligro de evicción, o la existencia de vicios; o si b) el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad.

El primer inciso se relaciona directamente con la figura de la mala fe y, el segundo, a un caso de justificación y, por ende, de no punición de dicha conducta por ser recíproca.

Con relación al primer inciso, la idea señalada no es receptada por Sánchez Herrero, más allá que en sus expresiones quedan reflejadas las dudas que surgen en su posición al realizar la hermenéutica de estas normas. Ello, resalta cuando sostiene que “la garantía de saneamiento es objetiva. En otros términos los obligados deben asumirla aún cuando hayan obrado de buena fe, sin dolo ni culpa [... pues] entre los factores que deben concurrir para que surja este deber resarcitorio se cuenta la imputabilidad subjetiva. Como se ha visto, así resulta del mismo artículo, en el que a

continuación se agrega que el enajenante no es responsable “si [...] no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios [...]. En síntesis: el régimen básico de saneamiento por evicción y vicios opera objetivamente, sin perjuicio de que, en el caso de uno de sus dispositivos específicos –la responsabilidad civil–, el obligado solo responde si la evicción o los vicios le son imputables subjetivamente –esto es, si obro con dolo o culpa⁸”.

En una línea similar a la que sostenemos pero retornando a la postura clásica bipartita de la culpabilidad (dolo/culpa), Leiva Fernández, comenta que “lo que en la redacción de Vélez se expresaba como mala fe, en el Código Civil y Comercial se describe como conocer –que es comprensivo del dolo- y haber debido conocer – configurativo de la culpa. La misma expresión se utiliza en el art. 1054, que libera al adquirente de una cosa con vicios redhibitorios del cumplimiento del plazo de sesenta días para manifestar el defecto al obligado por saneamiento, si es que el enajenante ha “conocido o debido conocer, la existencia de los defectos⁹”.

En concreto, el inc. a) del art. 1038 describe una conducta de mala fe y únicamente se le exige que acredite que el enajenante conoció o debió conocer llevando a cabo las diligencias que le eran exigibles conformes las circunstancias de modo, tiempo y lugar el peligro de evicción o la existencia de vicios. En el caso tiene trascendencia jurídica el conocimiento empleado de mala fe que es sancionado con la exclusión de la cláusula limitativa de la responsabilidad. Es decir, con una limitación de los derechos del enajenante a favor del adquirente. El adquirente no debe acreditar para la procedencia de la punición la intencionalidad de dañar que se exige en el dolo, ni un accionar negligente en la producción del daño. Simplemente, que conocía o debía conocer.

En cuanto al inc. b) en la primera parte presume la mala fe del enajenante si actúa profesionalmente en la actividad relacionada con la enajenación, en razón de que se puede pensar jurídicamente que tenía el conocimiento técnico relevante y no lo dio a conocer como era su deber.

En la segunda parte, la norma extiende su presunción al adquirente que también se desempeña profesionalmente en la actividad, negándole tutela frente a la exclusión de responsabilidad por saneamiento por entender que con su saber experto pudo conocer fehacientemente el alcance de la cláusula contractual pactada.

Las hipótesis antes examinadas tienen como presupuesto que en el contrato se pactó la exclusión de responsabilidad por la obligación de saneamiento, pero cuando pacta expresamente o se omite referencia a ella (art. 1036), se entiende que la misma es exigible, en cuyo caso resulta operativo el mandato del art. 1043 donde se establece que “el obligado al saneamiento no puede invocar su ignorancia o error, excepto estipulación en contrario”.

El art. 1040 del Cód. Civ. y Com., introduce la posibilidad que el acreedor de la obligación de saneamiento pueda reclamar la reparación de los daños en los casos previstos en el art. 1039 antes analizado.

Leiva Fernández califica a esta acción de resarcimiento como accesoria cuando señala que “establece el principio general, aplicación de la regla *alterum non laedere*, referido a que el acreedor de la obligación de saneamiento tiene la posibilidad de adicionar a las opciones provistas por el art.

⁸ Sánchez Herrero, Andrés, “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, Tomo IV “Contratos – Parte General”, Andrés Sánchez Herrero (Director) Pedro Sánchez Herrero (Coordinador), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 627 a 629.

⁹Leiva Fernández, Luis, comentario art. 1038 en “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético” Jorge H. Alterini (Director General) Ignacio E. Alterini (Coordinador), Tomo V Arts. 957 a 1122, Luis F.P. Leiva Fernández (director de tomo), 2ª edición actualizada y aumentada, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 571.

1039, el pago de los daños que hubiere sufrido a raíz del vicio jurídico o material del bien adquirido¹⁰”.

En cambio para Barocelli, “el nuevo Código Civil y Comercial establece como regla general que ante el ejercicio de la obligación de saneamiento el acreedor de dicha obligación también tendrá derecho a la reparación de los daños. Obviamente que a tales efectos, deberán acreditarse las reglas que, en materia de función resarcitoria, el Código Civil y Comercial determina en materia de responsabilidad civil¹¹”.

Atendiendo el texto del art. 1040 donde se autoriza para reclamar los daños, se debe tener presente que en el Código Civil y Comercial ha unificado el régimen resarcitorio (art. 1737 y sig.) circunstancia que impone precisar el alcance del resarcimiento en el marco de la obligación de saneamiento.

En ese sentido, el sujeto que transfiere garantiza de evicción y por los vicios redhibitorios lo cual implica que cuando se produce el hecho generador (agresión del tercero al disfrute pleno de la propiedad o aparecen los defectos) nace primero la obligación de resarcir dichos menoscabos en función de que prometió transferir el bien en plenitud y se garantizó ello por convenio o imperio legal.

En estos casos la responsabilidad civil del transmitente tiene la particularidad que su regulación concuerda con el significado de la palabra “sanear” que, primero es, “reparar o remediar algo” y, luego, “indemnizar al comprador por la evicción o por los vicios ocultos”.

En ese sentido, las obligaciones impuestas al transmitente que son facultades para el adquirente, en el art. 1036 Cód. Civ. y Com., se relacionan con la función remediadora de la responsabilidad, dado que se trata de solucionar el problema manteniendo la integridad del objeto del contrato mediante el procedimiento previsto para cada caso.

Incluso cuando se concede la viabilidad de declarar la resolución del contrato en base a la existencia de la evicción o de los defectos, el adquirente restituye lo recepcionado y se le debe devolver la contraprestación. Como se colige este no es un caso de responsabilidad resarcitoria, en estricto sentido, pero sí de remediación de la situación anómala que se generó a partir de la existencia de evicción o por los defectos del bien.

Ello viene a colación porque tanto el art. 1039 como el 1040 refieren a la figura de la “responsabilidad” pero el primero marca que es por “saneamiento” y el segundo por “daño”, como si fueren hipótesis diferentes.

En función de ello y del régimen unificado de la responsabilidad contractual y aquiliana o legal reglamentado a partir del art. 1716 por el Código Civil y Comercial, el art. 1740 es la norma de clausura que viabiliza el reclamo cualquier otro daño no previsto expresamente que emerja de la evicción frustrada o de los defectos no saneables del bien.

A partir de esta idea, para la procedencia de la indemnización se deberá cumplimentar con la acreditación de los presupuestos para la procedencia del resarcimiento como es el daño, el nexo causal, la antijuridicidad y el factor de atribución.

¹⁰Leiva Fernández, Luis, comentario del art. 1040 en “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético” Jorge H. Alterini (Director General) Ignacio E. Alterini (Coordinador), Tomo V Arts. 957 a 1122, Luis F.P. Leiva Fernández (Director de tomo), 2ª edición actualizada y aumentada, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 577.

¹¹Barocelli, Sergio Sebastián, comentario art. 1040 en Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, Lidia Garrido Córdovera, Alejandro Borda – Pascual E. Alferillo (Directores) Walter F. Krieger (Coordinador), Tomo 2 Libro Tercero Artículos 724 a 1881 - Derechos Personales, Ed. Astrea, Buenos Aires – Bogotá, 2015, p. 300.

En cuanto a las excepciones para que proceda el resarcimiento del daño el inc. a) excluye al adquirente que conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios. Ello, en términos, es ajustado a derecho por cuanto el adquirente debe ser considerado de mala fe.

En éste caso el transmitente para liberarse de responsabilidad únicamente debe acreditar que conocía que adquiriría un bien con problemas relacionados con su existencia y legitimidad del derecho receptado. No es requisito que acredite la intencionalidad de prevalecerse de la situación reclamando un resarcimiento cuando sabía que adquiriría con defecto el bien. Por cierto que juega en la definición del pleito la proporcionalidad del precio abonado y la promesa de garantía que se dé en función que el inc. b) del art. 1052 regula expresamente que si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o de cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad. También se considera la ampliación convencional de la garantía que neutraliza la mala fe del adquirente, conforme el inc. a), si lo estipulan las partes con referencias a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocidos.

En el inc. b) del art. 1040, se relata la buena fe del enajenante cuando regla que no procederá el resarcimiento si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios. Evidentemente en esta norma se deslizó un equívoco conceptual severo y destruye la armonía del régimen, por cuanto agregaría un requisito que no contiene el art. 1033 del Cód. Civ. y Com., para la procedencia de la responsabilidad derivada de la garantía de saneamiento que es la condición de mala fe del transmitente.

Ello es erróneo dado que la garantía de saneamiento a favor del adquirente siempre es operativa, haya buena o mala fe del transmitente. Es decir conozca o no la posibilidad de que se le cuestione la existencia y la legitimidad del derecho transmitido al adquirente o el defecto de la cosa.

Establecer que el transmitente de buena fe no responderá por los daños que se ocasionen por evicción o por los vicios redhibitorios de la cosa desmorona el sistema implementado, a excepción que se piense que esta clase de transmitente está obligado solo a responder por las responsabilidades de saneamiento establecidas en el art. 1039 y no por los otros daños derivados de la evicción y de los defectos del bien. Este criterio, se contradice con el principio reglado en el art. 1740 Cód. Civ. y Com., de reparación plena por lo cual debe ser descartado.

El inciso c) del art. 1040 Cód. Civ. y Com., no presenta mayores dificultades interpretativas dado que convencionalmente se puede establecer en un contrato paritario que el adquirente asume el riesgo por evicción o por los defectos. Pero esta alternativa se complica cuando el pacto es con cláusulas predispuestas que pudieren ser tildadas de abusivas y, por ende, ser anuladas.

El inciso d) prevé que no se podrá reclamar los daños cuando la adquisición provenga de una subasta judicial o administrativa. En estos casos, no se puede demandar precisamente al Estado que realiza la subasta, en razón de que se considera que es una transferencia originaria (naturaleza jurídica) que no tiene vinculación con los anteriores propietarios de donde estos no podrán reivindicar ni cuestionar la legitimidad del derecho subastado.

El párrafo *in fine* del artículo 1040, donde se estatuye la no invocabilidad de los incs. a) y b) cuando se tiene la condición profesional relacionada con el bien transferido, es una reiteración del criterio expuesto en el inc. b) del art. 1038 y que concuerda con el art. 1725 donde se regula el modo de valorar la conducta de las partes conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las partes.