

LA GARANTÍA CONTRA LA EVICCIÓN. CARACTERIZACIÓN Y REQUISITOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

SUSCRIBEN LA PONENCIA: Juan M. APARICIO, Alejandro E. FREYTES, Oscar NEGRITTO, Marcelo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Fernando QUINTEROS y Juan M. CAFFERATA.

§ 1. *Introducción. Conceptos generales.*- “Evicción” es un término que proviene de los vocablos *evictio* y *evincere*, que hacen referencia a una derrota que se produce en un juicio, en especial cuando una sentencia acoge la pretensión de reivindicación de una cosa, a la que se asocia la idea de la victoria del reivindicante. Comprende las situaciones en que la existencia o la extensión del derecho transmitido están expuestas a sufrir las consecuencias de la reclamación de un tercero fundada en un derecho.

El art. 1044 del C.C. y C. de la Nación prescribe que la responsabilidad por la evicción asegura la existencia y legitimidad del derecho transmitido. La mejor manera de aproximarse a su caracterización es tener en cuenta su contenido, Presupone que la existencia o extensión del derecho transmitido se ve comprometida por reclamos de terceros que se fundan en un derecho. Es lo que se denomina la turbación del derecho. Si tales reclamaciones prosperan, se produce la privación total o parcial del derecho adquirido. Vale decir la garantía de evicción configura una secuencia: comienza a funcionar cuando acaece la turbación. A partir de ese momento se generan obligaciones del transmitente. En este período inicial, en que se pone en movimiento la garantía, que se ha denominado principio de evicción¹, nace la obligación del transmitente de asistir y de defender al adquirente. Se trata de una obligación de hacer. Si la reclamación del tercero es exitosa, opera la privación total o parcial del derecho del adquirente. Se produce el desenlace que se considera como la evicción producida, esto es, el de la pérdida o de la derrota que se corresponden con el significado etimológico del vocablo evicción. A la par de lo señalado, el elenco de obligaciones que se derivan de la garantía se completa con la obligación que tiene el garante de abstenerse de perturbar el derecho transmitido. Es una obligación de no hacer.

¹ López de Zavalía, Teoría de los contratos. Parte General, § 40, p.484.

A — REQUISITOS DE LA GARANTÍA

§ 2. *Transmisión de un derecho a título oneroso.* En primer lugar, para que exista la garantía de evicción es imprescindible que el derecho atacado por un tercero derive de una transmisión que ha tenido lugar entre el adquirente y el garante. Se trata de una adquisición derivada de un derecho que entraña una sucesión a título particular. El C. C. y C. de la Nación, en el inc. a del art. 1033 dispone que están obligados al saneamiento que incluye la garantía por evicción, “*el transmitente de bienes a título oneroso*”. En puridad de concepto esta garantía se vincula con la transmisión de un derecho que padece un vicio, con independencia de los bienes que constituyen su objeto. Ergo, si un derecho es adquirido originariamente, por ejemplo la apropiación de un objeto que se ha considerado por error *res nullius*, frente a la demanda de reivindicación no existe garantía de evicción².

§ 3. *Exclusión.*- La transmisión debe operarse a título oneroso; por consiguiente, no se da la garantía por evicción en las transmisiones de derecho a título gratuito. En este orden de ideas, el art. 1556 del C.C. y C. de la Nación establece la regla que el donante sólo responde por la evicción en los supuestos de excepción que menciona, reiterando lo que disponía el art. 2146 del Código de Vélez.-

§ 4. *El inc. b del art. 1033 del C.C. y C. de la Nación.*- Según el inc. b del art. 1033 del C.C. y C. de la Nación, la obligación de saneamiento que incluye la evicción, se da asimismo en la división de bienes comunes. La división o partición es un modo por el cual se pone fin a una situación de comunidad, -ya sea una situación de indivisión hereditaria o un condominio- mediante de la conversión de un derecho indiviso que representa una cuota parte sobre el todo, en un derecho sobre un bien o bienes singulares y concretos de la comunidad, o sobre una parte concreta de la cosa, cuando ésta es susceptible de fraccionamiento.

§ 5. *La transacción.*- La garantía por evicción no tiene lugar respecto de aquellos contratos que tienen una finalidad meramente declarativa, en cuanto se limitan al reconocimiento de derechos o a aclarar una situación preexistente para darle fijación y certeza. En este orden de ideas, el art. 836 del Código de Vélez prescribía que por la transacción no se transmiten derechos, sino que se declaran o reconocen derechos que hacen al objeto de las diferencias sobre que ella interviene. La declaración o el reconocimiento de esos derechos no impone al

² Salas, Garantía contra la evicción. Concepto y requisitos, p.627.

que los hace responsable alguna en caso de evicción. Ello es totalmente cierto mientras la transacción se contraiga a desempeñar esa función declarativa y no se lleve a cabo, como complemento de ella, la transmisión de algún derecho. Tal ocurre cuando, como contrapartida de alguna renuncia de una de las partes, la otra lleva a cabo dicha transmisión ajeno a la controversia, La transacción reviste en tal caso un carácter complejo y doble. Sigue manteniendo su carácter declarativo en cuanto a los derechos objeto de la transferencia, Empero se le suma la mencionada transferencia del derecho que constituye un negocio que se ha considerado como un precio de la transacción y que no participa del carácter declarativo. Por tanto, respecto de él, opera la garantía de evicción. Así lo prescribía el art. 838 del Código de Vélez. El C.C. y C. de la Nación ha omitido atribuirle de manera expresa ese carácter declarativo a la transacción; empero, la solución final no puede dejar de ser coincidente a la expuesta.

§ 6. *Transmisión de derechos reales.*- Para determinar el momento en que se opera la transmisión del derecho, corresponde, en primer término, referirse a la transmisión de derechos reales. El C.C. y C. de la Nación, manteniendo el sistema del Código de Vélez, en el art. 1892, prescribe que la adquisición de un derecho real, derivada de actos entre vivos, requiere la concurrencia de título y modos suficientes. En consecuencia, cuando se trata cosas muebles, el contrato representa tan sólo el título suficiente para la transmisión del derecho real, en particular, el dominio. Y la tradición es el *modus acquirendi* que perfecciona la transmisión y permite hablar de la verificación de ella. Cuando se trata de inmuebles, el título suficiente es el contrato, siempre que observe la exigencia formal de celebrarse por escritura pública (art. 1017, inc. a del C.C. y C. de la Nación); y la tradición es el *modus* suficiente para que se opere la transferencia. El art. 1893 del C.C. y C. de la Nación, a su vez manteniendo el sistema de la legislación precedente, establece una forma de publicidad consistente en la inscripción registral, para que la adquisición y transmisión de los derechos reales sobre inmuebles sean oponible a terceros. Empero, desde el punto de vista de la garantía de evicción, la transmisión del derecho se entiende operada cuando concurren el título suficiente y el modo, la tradición.

§ 7. *El boleto privado de compraventa.*- La cuestión discutible se ha planteado con respecto al boleto privado de compraventa. Cuando este contrato preliminar es de ejecución anticipada, resulta factible que el adquirente reciba la posesión de la cosa. Empero falta el título suficiente, esto es, el contrato que cumpla la formalidad de la escritura pública para que se opere la transferencia del dominio. No obstante, se ha defendido la tesis de que la garantía por

evicción podía operar no sólo ante las turbaciones del dominio sin también de la posesión. Esa postura impregnada de tradición romana, tenía una base sólida de apoyo en el art. 2091 del Código de Vélez que preceptuaba, entre otros requisitos, que habrá evicción cuando el adquirente por título oneroso “sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce o posesión de la cosa”. Sin embargo, el C.C. y C. de la Nación ha omitido esa referencia a la posesión. No debe perderse de vista que la principal obligación del vendedor en el contrato de compraventa es la transferir la propiedad de una cosa (art.1123 del C.C. y C. de la Nación), La transmisión de ese dominio, valga la reiteración, requiere, amén del modo suficiente -la tradición-, un título suficiente que es el contrato de compraventa que, en este caso, debe observar la exigencia formal de ser celebrado por escritura pública. Como no se ha observado tal exigencia, no puede producirse la transmisión del dominio del inmueble. Faltando el requisito de la transmisión del derecho, la garantía por evicción no puede operar. El adquirente por el boleto de compraventa dispondrá en defensa de sus intereses, los derechos que le brinda la promesa de contrato que ha celebrado.

§ 8. *Derechos personales.*- En materia de derechos personales, como ocurre en particular con los derechos de crédito, el contrato tiene un efecto dispositivo y las transmisión del derecho se verifica como una consecuencia de su celebración, aunque la ley como una forma de publicidad exige la notificación del deudor cedido para la cesión surta efectos y sea oponible a los terceros (arts. 1614 y 1620 del C.C. y C. de la Nación)..-

§ 9. *Turbación del derecho.*- El inc. b del art. 1044 del C. C. y C. de la Nación, enuncia otro requisito de la garantía por evicción “*toda turbación de derecho, total o parcial que recaer sobre bien*” Se trata de una exigencia tradicional para que se ponga en funcionamiento la garantía. Ella importa una secuencia, que se inicia con esta turbación de derecho, entendiendo por tal, con mayor precisión y rigor, toda reclamación judicial o extrajudicial de de un tercero, fundada en un derecho que, de prosperar, es susceptible de provocar la privación total o parcial del derecho adquirido.

Si no existe tal turbación de derecho, el temor a la evicción por más fundado que sea, no torna exigible ninguna de las obligaciones comprendidas en la garantía. Solamente puede dar lugar a remedios que se diferencian de ella.

§ 10. *El derecho fundamento de la reclamación.*- El derecho en que se funda la reclamación del tercero, puede ser real o personal. El inc. b. del art. 1044 del C.C. y C. de la Nación, teniendo, seguramente como fuente de inspiración al art. 42 de la Convención de Viena de

1980, enuncia como una manifestación específica de turbaciones de derecho, a “*los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente*”. La excepción tiene como fundamento que en el supuesto que la conforma, la evicción sería imputable al transmitente. Estimamos que, en previsión de estas hipótesis y otras que pudieran presentarse en la práctica, en vez de la previsión concreta de la última parte del inciso b) del artículo 1044, hubiera sido aconsejable la incorporación de una norma de carácter general en materia de evicción como la del artículo 1494 del Código Civil peruano, que prescribe “no hay lugar a saneamiento por evicción cuando el derecho del tercero llegue a ser exigible por dolo o culpa inexcusable del adquirente”.

§ 11. *Causa anterior o contemporánea a la adquisición.*- Otro requisito de la garantía es que la turbación debe fundarse en una causa anterior o contemporánea con la adquisición del derecho (inc. a del art. 1044). Se ha planteado el interrogante de la solución que debe darse al supuesto en que el origen del derecho que puede ocasionar la evicción, es anterior a su transferencia, pero se consolida con posterioridad por el paso del tiempo. Concretamente se hace referencia a la prescripción adquisitiva. El tema se ha planteado en el derecho francés en el cual el dominio se transmite por el sólo efecto del consentimiento. Perfeccionada la transferencia, es factible que un tercero se encuentre en posesión del inmueble que con posterioridad adquiere por usucapión. Las opiniones variaron desde quienes pensaron que existía un germen de evicción del cual se debe responder, hasta los partidarios de la tesis contraria. Las tesis intermedias terminaron por prevalecer: la cuestión de resolverse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto para esclarecer a cual de las dos partes debe imputarse la prescripción. Es la opinión de Marcadé³ que acogió el art. 2095 del Código de Vélez. De este modo, por ejemplo, si la prescripción se ha producido en una fecha tan aproximada a la compraventa, de modo tal sea dable reputar que el adquirente no ha tenido el tiempo normal para interrumpirla, la garantía por la evicción será admisible.

§ 12. *El inc. c del art. 1045 del C.C. y C. de la Nación.*- El supuesto en cuestión también ha sido considerado por el inc. c del art. 1045. Comienza este artículo disponiendo que por vía de regla “*la evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia, y consolidado posteriormente*”, no está comprendido en la garantía. Empero, establece, como

³ Marcadé, V., Explication du Code Civil contenant l'analyse critique des auters et de la jurisprudence, t.6°, Delamotte et fils, Paris 1875, n° 1626, p.263, quien hace un repaso de las opiniones contrarias, por un lado Pothier y por el otro, Troplong, Duvergier y Zachariae.

excepción, que, sin embargo, “*el tribunal puede apartarse de esta disposición, si hay desequilibrio económico desproporcionado*”. En verdad, la excepción está concebida en términos inextricables, que no tienen ningún precedente y que se encuentran desprovistos de toda conexión lógica de la hipótesis que debe ser resuelta. El único criterio que puede servir fundamento a la excepción, es la apreciación de la conducta de quien puede ser el responsable la prescripción, que cabe repetirlo ha logrado franco predominio en el derecho francés y fue incorporado al Código de Vélez, antecedente del precepto comentado. El buen sentido, más allá de toda otra forzada disquisición, impone que debe seguir prevaleciendo tal entendimiento.

§ 13. *La cuestión en el contrato de compraventa.*- No obstante, si se repara en que en nuestro derecho el contrato de compraventa tiene efectos obligatorios y, por tanto, no opera la transmisión del dominio. sino que sólo sirve de título y debe ser acompañado con la tradición para que tal efecto se produzca, se advierte que la hipótesis comentada tiene mínimas oportunidades de plantearse. Si la tradición consiste en la entrega de la posesión de la cosa vendida, ella no puede verificarse, si dicha cosa se encuentra poseída por un intruso. No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí, prescribe el art. 1913 del C. C. y C. de la Nación. Si, por ende no pudo verificarse entrega de la posesión, no es dable que se opere la transferencia del derecho dominio, presupuesto de la evicción. Únicamente podría admitirse una hipótesis del género en la venta de un inmueble de considerable superficie, en que al verificarse la tradición, quede una pequeña área que este poseída por un tercero, cuando quepa pensar que, dadas las circunstancias, dicha situación pudo haber escapado al control de las partes.

Un caso de esta índole, podría tener lugar en materia de servidumbres. Un modo especial de la extinción de ellas, es el no uso por persona alguna, durante diez años (art. 2182, inc. b, del C.C. y C. de la Nación). Si ese plazo ha comenzado a correr antes de la transferencia de un derecho al titular, que comprende la servidumbre, y la extinción se produce con posterioridad, podría configurarse una hipótesis semejante a la que ha sido objeto de análisis.

B. LA OBLIGACIÓN DE DEFENSA. LA CITACIÓN DEL GARANTE

§ 14. *Procedencia y caracteres de la citación.*- La turbación de derecho que pone funcionamiento la garantía, genera la obligación del garante de asistir y defender al transmitente, frente a la reclamación del tercero. Si ese reclamo se articula judicialmente en una pretensión que puede provocar la privación total o parcial del derecho, el adquirente tiene

el derecho de instar la citación del garante al juicio, el que debe comparecer en los términos de la ley de procedimientos (art. 1046 del C.C. y C. de la Nación).

§ 15. *La citación como un deber del garantido.*- Si bien se desprende del art. 1046 C. C. y C. de la Nación que es una facultad del adquirente la de instar la citación a juicio del garante, como en el litigio están comprometidos los intereses de quien debe responder por evicción, también se ha concebido a dicha citación como un deber del garantido. Es por ello, que el inc. a del art. 1048 del C.C. y C. de la Nación prescribe que cesa la responsabilidad por evicción, si el adquirente no cita al garante o lo hace después de vencido el plazo que establece la ley procesal.

§ 16. *La defensa del garantido. Exigencias.*- Al mismo tiempo, como al margen de lo que ocurra con respecto a la citación, el adquirente no pierde su condición de parte en el juicio y debe seguir interviniendo en él, la ley establece que dicha intervención debe ajustarse a los cánones de la buena fe. Consecuentemente, el inc. b del art. 1048 del C.C. y C. de la Nación establece que cesa la garantía de evicción cuando el garante no comparece al proceso judicial y el adquirente, actuando de mala fe, no opone las defensas pertinentes, no las sostiene, no interpone, o no prosigue los recursos ordinarios de que dispone contra el fallo desfavorable. El Código de Vélez, en el art. 2112 establecía una disposición similar a la del inc. b del art. 1048, con la diferencia que en cambio hacer mención a la mala fe en la omisión defensiva, se refería al dolo o la negligencia del adquirente. Cabe entender, que en definitiva se mantiene el tratamiento análogo. La mala fe subjetiva no es sinónimo de dolo, sino que se traduce tanto en un conocer cabalmente lo que puede hacerse y omitir proceder en consecuencia, como, asimismo en un no conocer pese a haber sido dable con conocer, empleando la debida diligencia. Sin embargo, todas estas causales de cesación de la garantía que se acaban de enunciar, operan, como se ha anticipado y cabe reiterarlo, por vía de regla. El adquirente puede remover estos obstáculos y lograr la subsistencia de la garantía, si prueba que por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción o la interposición o sustanciación de los recursos, eran inútiles. Amén de ello, en su caso, que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho (último párrafo del art. 1048 del C.C. y C. de la Nación).

C – LA OBLIGACIÓN DEL GARANTE DE NO TURBAR

§ 17. *Alcance.*- Conectada con el requisito de la turbación, corresponde reiterar que pesa sobre el garante la obligación de no perturbar el derecho transmitido al adquirente. Esta obligación de no hacer, está enunciada en aforismo tradicional “*quien debe garantía no puede vencer*”. El garante, por tanto, no puede hacer reclamaciones, fundándose en un derecho, relacionadas con los vicios del derecho que él transfirió. Por ejemplo A transmite a B el dominio de un inmueble, expuesto a la evicción porque C tiene un mejor título. Si C fallece y A es su heredero, no podría ejercer contra B una acción de reivindicación, porque, por ser el autor de la transmisión del derecho viciado, no le es dable ser autor de la turbación.

§ 18. *La inclusión de las turbaciones de hecho.*- Asimismo, no solamente le está vedado al garante turbar el derecho transmitido fundándose en un derecho, sino que también le están prohibidas las turbaciones de hecho. El adquirente en el caso que tales turbaciones se produzcan, no sólo contará con los remedios comunes para enervarlas, sino que también dispondrá de este remedio de raigambre contractual para reclamar su cese.

D – LA PRIVACIÓN DEL DERECHO Y LA SENTENCIA

§ 19. *El requisito de la sentencia.*- Se ha indicado que la turbación de derecho por parte de un tercero, es el acto preliminar que puede originar la privación total o parcial del derecho adquirido, esto es, producir la evicción. Cuando la reclamación del tercero se deduce judicialmente, dicha privación deber operarse en virtud de una sentencia que acoja ese reclamo. Por vía de regla, lo establecía el Código de Vélez (arts. 2091, 2092, 2093 y 2112). El C. C. y C. de la Nación, en el art. 1049 inc. b, también hace referencia a este requisito cuando prescribe que el acreedor de la responsabilidad por evicción tiene derecho a la resolución del contrato, si una sentencia o un laudo produce la evicción.

§ 20. *Adquisición del derecho por un título independiente.*- El Código de Vélez establecía como excepción a esta regla, el supuesto en que el derecho del tercero que puede producir la evicción, fuese adquirido por el sujeto garantido, en virtud de un título independiente de la enajenación que se le hizo (art. 2092). Aunque el C.C. y C. de la Nación no ha previsto expresamente esta hipótesis, la solución no puede ser distinta a la que establecía el Código de Vélez

§ 21. *El reconocimiento extrajudicial del derecho del tercero.*- La turbación del derecho adquirido por un tercero, puede deducirse judicialmente o bien traducirse en una reclamación extrajudicial. Cuando se hace uso de la vía judicial, si el adquirente se allana a la pretensión del tercero, sin la conformidad del garante, subsiste la garantía si se prueba que no existía oposición justa que pudiera ser hecha valer contra el derecho del vencedor. Cabe preguntarse si cuando la reclamación del tercero es extrajudicial ¿puede también el tercero reconocer su procedencia, cuando se den las condiciones expuestas, sin necesidad de que ella se articule judicialmente? Durante la vigencia del Código de Vélez, se propugnó la solución afirmativa. Se la fundaba en el art. 2111 que preceptuaba que el enajenante responderá por la evicción, cuando, sin citar de saneamiento al enajenante, reconociese la justicia de la demanda y fuese privado del derecho adquirido, si probase que no había ninguna oposición justa que hacer al derecho del vencedor. Se correlacionaba el precepto con lo que expresaba el Codificador en la nota al art. 2091, que definía la turbación de derecho como toda demanda judicial o extrajudicial por la que el tercero reclamase un derecho cualquiera.

La regla general de la buena fe permite interpretar que deben equipararse ambas situaciones, cuando las dos tienen un idéntico fundamento, es decir, cuando se acredite incontrastablemente que no existe ninguna defensa idónea que permita una oposición fundada al derecho invocado por el tercero. Discriminar el alcance de la protección al adquirente que debe padecer la evicción, para diferenciarla según que el reclamo del tercero haya dado lugar o no a la apertura de un proceso judicial, significa agravar innecesariamente su situación, constriñéndolo a tener que soportar los gastos y la pérdida de tiempo que todo juicio entraña. Lo importante es que la facultad que se le confiere al adquirente en una y en otra hipótesis, con mayor rigor en la comentada, está condicionada a que acredite, de modo inobjetable y palmario, la ausencia total de medios defensivos aptos para contrarrestar y oponerse a la reclamación del tercero.

Conclusiones

- 1) El Código Civil y Comercial ha recogido los requisitos tradicionales de la garantía de evicción que contenía el Código Civil de Vélez.
- 2) Si bien el Código Civil y Comercial no hace referencia a la evicción en la transacción, debe entenderse que cuando la misma reviste exclusivamente carácter declarativo no existe garantía, mientras que cuando tiene carácter complejo, existe también la transferencia del derecho, operando respecto de esta la garantía de evicción.
- 3) Un requisito de la garantía de evicción es la transmisión de un derecho. Tratándose del contrato de compraventa, la transmisión del dominio de la cosa que constituye su objeto requiere, amén del modo suficiente -la tradición-, un título suficiente que es el contrato de compraventa que debe observar la exigencia formal de ser celebrado por escritura pública.
- 4) Por tanto, si se hubiere celebrado solamente un boleto privado de compraventa, no puede producirse la transmisión del dominio del inmueble, por lo que faltando el requisito de la transmisión del derecho, la garantía por evicción no puede operar. El adquirente por el boleto de compraventa dispondrá en defensa de sus intereses, de los derechos que le brinda la promesa de contrato que ha celebrado, pero no de la garantía de evicción.
- 5) El inc. b del art. 1044 del C. C. y C. de la Nación enuncia otro requisito de la garantía por evicción: la turbación de derecho, entendida como toda reclamación judicial o extrajudicial de un tercero, fundada en un derecho que, de prosperar, es susceptible de provocar la privación total o parcial del derecho adquirido.
- 6) Si no existe tal turbación de derecho, el temor a la evicción por más fundado que sea, no torna exigible ninguna de las obligaciones comprendidas en la garantía y solamente puede dar lugar a remedios que se diferencian de ella.
- 7) La excepción del inc. c del art. 1045, en cuanto establece que *“el tribunal puede apartarse de esta disposición, si hay desequilibrio económico desproporcionado”*, está concebida en términos inextricables, desprovistos de toda conexión lógica de la hipótesis que debe ser resuelta. El único criterio que puede servir de fundamento a la excepción es la apreciación de la conducta de quien puede ser el responsable.
- 8) En nuestro derecho, requisito de la garantía de evicción es la privación del derecho por medio de una sentencia. Sin embargo, cabe considerar como excepciones a este requisito en el régimen vigente, tanto el supuesto de adquisición del derecho por un título independiente, regulado anteriormente en el Art. 2092 del Código Civil de Vélez, como el caso de que existiera un reconocimiento extrajudicial por parte del adquirente del derecho del tercero, cuando se acreditara incontrastablemente que no existe ninguna defensa idónea que permita una oposición fundada al derecho invocado por este último.