



PONENCIA PARA COMISIÓN 5 – CONTRATOS – OBLIGACION DE SANEAMIENTO:

TEMA: “*Once aspectos a aclarar en materia de obligación de saneamiento y evicción*”.

DISERTANTE: Magister: Mariano R. Zurrueta¹.

I. INTRODUCCIÓN.-

En este trabajo me propongo abordar algunos temas polémicos en la interpretación del régimen de la *obligación de saneamiento*² en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 y modif.), a fin de que puedan ser debatidos en el seno de la Comisión N° 5 (Contratos) de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil y Comercial.

II. DESARROLLO.-

II.1. En primer lugar, y como aspecto general, entiendo que si bien la nueva regulación supera a la anterior del Código Civil de Vélez

¹Profesor de la Cátedra “Derecho Privado” de la Facultad de Ciencias Económicas – Universidad Nacional de Jujuy.-

² El Código Civil y Comercial (siguiendo la tesis de los Dres.A. ALTERINI y LOPEZ DE ZAVALIA), considera a la obligación de saneamiento como el género, que comprende tanto a la garantía de evicción como a la garantía por vicios ocultos, y no como una consecuencia de estas dos últimas, siendo que dicha garantía va más allá de la simple indemnización². En efecto, la referida Sección 4ª tiene como título “Obligación de saneamiento”. Y en el art. 1034 se dispone, luego de indicar “Garantías comprendidas en la obligación de saneamiento”, “El obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos conforme a lo dispuesto en esta sección, sin perjuicio de las normas especiales”. ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1999, p. 544 y ss. En los Fundamentos del Proyecto de 1998 se expresó: “...el saneamiento pues, abarca las garantías por evicción y por vicios redhibitorios (...) pero excede ese ámbito, pues la garantía por evicción obliga al transmitente a título oneroso a salir en defensa del adquirente (art. 2018, Código Civil) y, si la evicción se produce, a hacerle restituciones e indemnizarlo (por ejemplo, arts. 2118 a 2121, Código Civil); de los que surge que la garantía por vicios redhibitorios da derecho al adquirente a título oneroso para ejercer la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, y –si se trata del comprador- la acción para que se baje el precio del menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio –acción *quantiminoris* o estimatoria (arts. 2165m 2172 y 2174, Código Civil-). El saneamiento –mencionado a veces por el Código Civil, arts. 1414, 2109, 2110, 2159, 2173, 3957, nota de los arts. 923 y 3970- va más allá, porque también da lugar a que el adquirente ejerza las acciones de cumplimiento de contrato: por lo tanto, aquél tiene asimismo derecho a requerir al garante que perfeccione el título o subsane los defectos (art. 505, inc. 1º, Código Civil), o que le indemnice los daños que ha sufrido (art. 505, inc. 3º, Código Civil), conf. Parág. 177 de los Fundamentos del Proyecto de 1998, citado en ALTERINI, Jorge H. Director General, *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético*, t. V, La Ley, 2015, p. 524/525). LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., *Teoría de los contratos*. Tomo 1, Parte general, Zavalía Editor, 1997, NOTA 1, p. 754.

Sarsfield³, en estricto sentido técnico jurídico hubiera sido preferible ubicarlo en el régimen de los actos jurídicos (arts. 257 y sptes. CCyCN), “Parte General” – Libro 1º (como ocurre en el Esbozo de Freitas), porque el instituto refiere a *“cualquier transmisión de derechos o división de bienes”*, no circunscribiéndose estrictamente a los contratos.

II.2. A primera vista del análisis del régimen de la obligación de saneamiento⁴, llama la atención que NO se encuentre prevista la **acción *quantiminoris***, lo cual constituye un error (que *si* se encontraba recepcionada en el código civil de Vélez – art. 2174 in fine); sin embargo por un principio de conservación del contrato, vía analógica (conf. arts. 2, 1.044 inc. a), 389, 989, 1.122, 1.557, y conc. CCyCN), principios generales del derecho, etc., estimamos que dicha acción resulta admisible.⁵

II.3. Otro tema que genera incertidumbre lo constituye el art. 1.033 inc. c) CCyCN, respecto a qué tipo de acción cuenta el adquirente de la cosa que haya sido vulnerado en su derecho, esto es, si se trata de una **acción directa** (art. 736 ss y cc CCyCN), o bien, una **acción subrogatoria** (art. 739 ss y cc CCyCN), siendo que entre ambas acciones existen diferencias teóricas y prácticas notables.⁶

Expresa la norma en cuestión: *“Están obligados al saneamiento:... c) los ANTECESORES si hicieron la transmisión a título oneroso”*.

Sostenemos que en este caso se consagra una **ACCION DIRECTA**⁷ (art. 736 y ssCCyCN) que le permite al subadquirente ir en contra del antecesor del enajenante a título

³Se advierte a simple vista una mejor redacción y mayor claridad que facilita la comprensión. En el nuevo régimen civil y comercial son 25 normas de parte general (NO hay normas relativas a la evicción en los contratos particulares), evitando la reiteración en cada uno de los contratos, y existiendo aisladas regulaciones a lo largo del CCyCN. Así, dación en pago (art. 943), permuta (art. 1174), locación (art. 1220), donación (arts. 1556/7), fianza (art. 1598), cesión (art. 1628/31 y 1639/40), cesión de herencia (art. 2305), partición (art. 2404/06), evicción donatarios (art. 2419), partición por testamento (art. 2423) y evicción en los legados (art. 2503).

⁴**SANEAMIENTO** es la **garantía** debida por todo transmitente de bienes, a título oneroso, (que abarca a la evicción y redhibición), y supone abarcar en su ámbito de aplicación⁴(arts. 1039 y 1034 CCyCN): **a)** exigir el cumplimiento en especie, esto es la subsanación de los vicios jurídicos o materiales del bien, posibilitando la conservación del contrato; **b)** exigir otro bien equivalente a cambio, si fuera fungible; **c)** la citación para defensa en juicio; **d)** la acción para que se baje el precio en caso de redhibición o *quantiminoris*. Se aclara que si bien esta herramienta legal no está incluida expresamente en el CCyCN - y arts. 2165, 2172 y 2174, Código Civil, se justifica su concesión y procedencia a raíz del principio de conservación del contrato y demás principios generales del derecho, y **e)** la reparación de los daños y perjuicios.

⁵ HERNANDEZ – FRUSTRAGLI en LORENZETTI, pág. 66/67 - LORENZETTI, Ricardo Luis - Director, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. VI, p. 67/68, Rubinzal-Culzoni editores.

⁶ La acción directa es ejecutiva, beneficiando únicamente al acreedor demandante en la medida de su crédito e ingresando directamente a su patrimonio, privando al deudor principal de la facultad de disponer de su derecho de crédito, y actúa en nombre y derecho propio. La acción subrogatoria es conservatoria, beneficiando a todos los acreedores por igual, ingresando al patrimonio del deudor subrogado como garantía común de los acreedores, pudiendo disponer del crédito el deudor subrogado, y por último, en la acción subrogatoria, se actúa en representación del deudor - PIZARRO – VALLESPINOS, Obligaciones, Hammurabi, Tomo 2, pág. 334. En materia de evicción esta acción directa si se encontraba prevista en el anterior código civil – arts- 2096 y 2109 CC.

⁷WAYAR, Ernesto C., “Evicción y vicios redhibitorios”, Astrea, Tomo 1, pág. 103 y 122/3; CIFUENTES, Santos, “Código Civil y leyes complementarias”, Astrea, Tomo 9, pág. 664. EN CONTRA: NICOLAU, Noemí L., “La obligación de

oneroso (sin que sea necesario acudir previamente a este último), y siempre y cuando dicho vicio haya existido para dicha época (un ejemplo de contratos conexos – que pone en crisis el efecto relativo del contrato y que está admitida en el nuevo ordenamiento normativo - art. 1073/5 CCyCN). Se puede accionar libremente en la cadena de los antecesores hasta llegar a quién era el titular del derecho al tiempo de la aparición del vicio en el derecho o en la materialidad de la cosa.

II.4. Por el contrario, entiendo que en el art. 1.035 CCyCN (ADQUISICIÓN A TÍTULO GRATUITO) se prevé UNA **ACCION SUBROGATORIA**⁸ (art. 739 y ssCCyCN) a favor del adquirente que recibiera el bien a título gratuito de su enajenante, pero en donde los antecesores de este último le transmitieran a título oneroso – art.1035 CCyCN.

“ARTICULO 1035.- Adquisición a título gratuito. El adquirente a título gratuito puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores”.

Y ello por cuanto de una interpretación literal de la norma (*“...ejercer en su provecho”*) se arriba a dicha conclusión, siendo la acción directa excepcional, y no estar expresamente prevista. Excepcionalmente podrá haber saneamiento en los actos a título gratuito si así se pactó, si el donatario actuó de mala fe sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario; si el propio donante provoca la evicción, o en las donaciones con cargo, remuneratorias o mutuas – arts. 1556 a 1558 CCyCN.

II.5. En lo que atiene al ámbito objetivo de aplicación de la obligación de saneamiento se advierte otra complejidad si se analiza el art. 1033 inc. b) CCyCN, en el cual obligada saneamiento a quien divide con otros (los bienes). Así es como la norma en cuestión incluye a la partición privada entre comuneros, copropietarios y coherederos, sin embargo si se tiene en cuenta que el SANEAMIENTO es una garantía derivada de la transmisión de derechos de una persona hacia otra (art. 1033 y conc. CCyCN), constituye una *incoherencia* sostener que es declarativa y no traslativa de derechos, cuando en rigor de verdad se trata de una *excepción* fundada en la equidad (arts. 2403 y 2404 CCyCN).⁹

saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en La Ley Online, AR/DOC/429/2015.

⁸Idem NICOLAU, Noemí L., "La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en La Ley Online, AR/DOC/429/2015.

⁹NICOLAU, Noemí L., "La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en La Ley Online, AR/DOC/429/2015.

II.6. Otro aspecto que creemos que resulta cuestionable es la inmunidad de no responder por los daños y perjuicios otorgada al Estado, en supuestos de que la transmisión fuere en subasta judicial o administrativa (Art. 1040 inc. d) CCyCN), siendo que dicha exclusión absoluta, total, tajante y sin excepciones resulta *injusta*, puesto que, eventualmente, y de configurarse los presupuestos de la responsabilidad civil, estaríamos en presencia de un supuesto de responsabilidad lícita del Estado, perfectamente admisible en nuestro derecho privado desde el célebre caso “*Laplacette*” (CSJN, 26/2/43, Fallos 195:66, y LL, 29-697), reiterada en variados casos en nuestra jurisprudencia nacional (CSJN, Fallos: 310:943 “Motor Once”, 293:617 “Los Pinos”, etc.), y receptada hoy legislativamente en el Art. 5 de la Ley N° 26.944.¹⁰

II.7. ¿Qué rubros indemnizatorios comprende la obligación de saneamiento?

Como otro punto a debatir y tratar de poner en claro en esta Comisión, es el tema del *quantum* de la obligación de saneamiento, esto es, que rubros indemnizatorios resultan comprendidos en dicha garantía. En definitiva, **¿si la indemnización es tarifada o integral?**

En mi opinión, y como regla general, se puede aseverar que se integra por el precio recibido, con más todos los daños y perjuicios causados (arts. 1039 inc. c), 1040, 1080, 1081 y 1082 inc. a) del CCyCN), o sea, una **indemnización integral o plena** (art. 1740 CCyCN)¹¹, no existiendo una limitación legal que lo impida, en tanto y en cuanto se encuentren acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil, y guarden adecuado nexo de causalidad.

La obligación de saneamiento comprende:

a) El precio de compra o la prestación efectuada por el adquirente.

Con motivo de la resolución contractual, el enajenante debe restituir en especie de parte del enajenante de la ventaja o prestación efectuada por el adquirente evicto o viciado (arts. 1039 inc. c) 1080 CCyCN), en caso de ser imposible, el valor de esa cosa o prestación efectuada por el adquirente evicto o viciado.

¹⁰Es admisible que la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en su función jurisdiccional, y es de carácter excepcional, "si no ha mediado una prestación irregular o anormal del servicio, los daños que pudieran sufrir los particulares no pueden merecer indemnización de ninguna especie, pues "son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia" (Fallos: 318:1990; 321:1717)".

¹¹Así BORDA, y WAYAR, Ernesto C., “Evicción y vicios redhibitorios”, Astrea, Tomo 2, pág. 14/15; En contra: ESPER, Mariano, “Manual de los contratos”, Parte Especial, AbeledoPerrot, pág. 70, al entender que la responsabilidad es tarifada y NO incluye todos los daños o una reparación integral (art. 2121 CC), y ello por cuanto la responsabilidad es objetiva, salvo que se acredite la mala fe del enajenante, en cuyo caso responde por una responsabilidad integral (2123 CC).

b) Intereses: Algunos consideran que no deben aplicarse intereses legales¹² Se compensa el uso y goce de la cosa con los intereses generados por el precio a restituir al comprador. Otro sector doctrinario estima que si se deben los intereses moratorios generados a partir de la turbación de derecho y desposesión, y calculados a Tasa Activa del Banco Nación, siendo este un supuesto de mora *ex re*;¹³ Concordamos con esta última postura.

c) El reembolso de gastos y tributos, con más las costas judiciales (art. 1082 CCyCN): Vgr.: la confección de los planos de mensura, división, construcción, factibilidad de agua, reformas en el bien, mudanza, gastos de sellados, impuestos, escrituración, etc., y valor de los frutos cuando el comprador debe restituirlos al dueño vendedor. También el enajenante debe reintegrar los gastos y costas del juicio gastos extrajudiciales, actas notariales, cartas documentos, etc. Se justifica que el transmitente cubra estos gastos por cuanto la derrota en el juicio se debió a que se le transmitió un derecho viciado. Incluso algún sector de la doctrina estima que se puede pedir la cobertura de los gastos causídicos si el adquirente ganó el juicio, y fuere insolvente el tercero vencido, postura a la cual adherimos.

d) Los daños y perjuicios: Los llamados “daños extrínsecos” o ajenos a la prestación evicta o viciosa (art. 1040 CCyCN), Como variable a tener en cuenta se podrá acudir a *la diferencia entre el precio de compra y el mayor valor de la cosa transmitida al momento de la evicción*, así como también al momento de practicarse la pericia de tasación.

II.8. ¿Qué factor de atribución resulta aplicable en la garantía de saneamiento?.-

Para responder a este interrogante resulta menester distinguir 2 situaciones:

a) Será objetivo (art. 1.722 CCyCN)¹⁴el factor de atribución aplicable al momento de que el adquirente frustrado articule las acciones contenidas en el art. 1039 CCyCN, prescindiéndose de la culpa o dolo del transmitente, y en plena concordancia con el art. 1043 CCyCN del impedimento del transmitente de exceptuar por negligencia o error.

b) En cambio, será subjetivo (art. 1.724 CCyCN) el factor de atribución en materia de daños y perjuicios, o los llamados “daños extrínsecos” (art. 1040 CCyCN), adonde

¹²ESPER, Mariano, “Manual de los contratos”, Parte Especial, AbeledoPerrot, pág. 70.

¹³WAYAR, Ernesto C., “Evicción y vicios redhibitorios”, Astrea, Tomo 2, pág. 6/7; LLERENA, Baldomero; RAMELLA, Anteo, CSJN, 3/8/42, LL 28-541, y JA, 1942-III, 874, CNCiv., Sala C, 10/12/96, LL 1997-F, 948, y DJ 1999-1-541, y otros precedentes citados por el primer autor, y por CIFUENTES; Santos, “Código Civil y leyes complementarias”, Astrea, Tomo 9, pág. 712.

¹⁴ ESPER, Mariano, “Manual de los contratos”, Parte Especial, AbeledoPerrot, pág. 68.

deberá probarse que el adquirente fue diligente, que el enajenante conoció o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios, o, en definitiva, que el transmitente actuó de manera descuidada o con mala fe.

II.9. Presupuestos de la evicción– art. 1044 CCyCN

Será necesario para la procedencia de la responsabilidad por evicción que el adquirente acredite:

- a) La inexistencia o ilegitimidad del derecho transmitido por el enajenante,
- b) La turbación o privación de un derecho,
- c) El reclamo fundado de un 3º,
- d) causa anterior o contemporánea a la adquisición,
- e) transmisión onerosa.

Como claramente se advierte **ya no resulta necesario el dictado de la sentencia que declare la evicción** (o evicción producida), como ocurría en el anterior código civil (ex art. 2091, 2093, nota al art. 2089 y conc. CC), aunque podía haber privación sin sentencia en supuestos de excepción.¹⁵ Con el Código Civil y Comercial ya no tiene sentido hablar de principio de evicción y de evicción producida¹⁶, para distinguir esos estadios, pues la mera turbación de derecho torna operativa la garantía de evicción, sin importar si luego esa turbación se traduce en una sentencia condenatoria contra el adquirente.¹⁷

II.10. La citación por evicción.-

En el art. 1046 del CCyCN se prevé la citación a juicio del garante (enajenante del bien evicto) para el caso del juicio iniciado en contra del adquirente del bien, ***pero no el caso inverso***, lo cual es perfectamente posible, o sea el juicio iniciado por el adquirente en contra del 3º turbador (acciones posesorias, acción negatoria, confesoria, reivindicatoria, etc.), con citación del garante (enajenante o transmitente del bien – art. 94 CPCN).

¹⁵Vgr.: los casos previstos en los artículos 2090, 2092 y 2094 CC; WAYAR, Ernesto, ob cit., t. 1, p. 217.

¹⁶WAYAR, Ernesto, “Evicción...” Tomo 1, pág. 217; LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, “Teoría de los contratos”, Zavalia, Tomo 1, pág. 756.

¹⁷“La exigencia de sentencia judicial que privaba total o parcialmente del derecho adquirido, se constituía en el código derogado como uno de los requisitos de funcionamiento de la garantía de evicción. Indudablemente ello guardaba estrecha conexión con el propio origen del instituto, enraizado en la idea de la derrota en juicio. No obstante, el mismo Código flexibiliza ese requisito cuando admite supuestos excepcionales en los cuales la evicción queda configurada aún en ausencia de sentencia judicial; así surge expresamente –por ejemplo- del artículo 2092, y de la interpretación sistemática del artículo 2105” LAFAILLE, Héctor – BUERES, Alberto J. – MAYO, Jorge A., 2º edición actualizada y ampliada, t. II, p. 268, La Ley Ediar, 2009; LORENZETTI, Ricardo –Director-, ob. cit., t. VI, p. 67/68.

También resulta posible que el enajenante, quien puede contar con un interés legítimo, intervenga como *tercero coadyuvante* del garante¹⁸ (art. 91 y conc. CPCN, arts. 75 y 77 CPC de Jujuy, TSJ de Jujuy, LA 57 – N° 305), puesto que una eventual sentencia en contra del adquirente podría comprometer su responsabilidad civil por daños, evicción y saneamiento, toda vez que resulta antecesora y transmitente de los derechos de dominio y posesorios con los que cuenta el adquirente. La citación del enajenante también la puede hacer el propio 3° (conf. arts. 94, 105 y sgtes. y conc. del CPCN, y art. 90 CPC de Jujuy). Hay que estar a las normas procesales de cada jurisdicción en cuanto a los plazos y trámite correspondiente a la incidencia (art. 105 y sgtes. CPCN y arts. 77 y 79 CPC de Jujuy).

II.11. ¿Una vez vencido el adquirente (y citado) en el juicio pertinente, será necesario plantear un nuevo juicio contra el enajenante que transmitió un título que no tenía o estaba viciado?

El art. 95 del CPC jujeño expresamente establece que el juicio de responsabilidad debe ser ventilado por juicio aparte. En igual sentido se pronuncia el Dr. WAYAR, quien por un derecho de defensa considera que es necesario iniciar un nuevo juicio en contra del transmitente del bien evicto, en donde ya no se discutirá si el enajenante es o no responsable por evicción del título transmitido, sino la relación interna entre citante y citado por eventual incumplimiento del adquirente, y será juez competente en la acción de saneamiento el juez del proceso ppal. Art. 6° inc. 1° CPCN. Será necesario al adquirente que sufrió la evicción probar la turbación de derecho, que surgirá de las constancias de autos, para la admisibilidad de los daños y perjuicios.

Estimo que deberán tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso, y por un principio de economía procesal no vemos obstáculos a que pueda ser el mismo juez, y en el mismo juicio, quien resuelva sobre las acciones del art. 1039, más aun con la nueva conceptualización de la garantía de saneamiento como comprensiva de la evicción y vicios ocultos, y más aún si el enajenante fue citado y participó del juicio que fuera vencido por el 3°.

¹⁸ Respecto de la figura del tercero coadyuvante o adhesivo, cabe decir que: “Es necesario no olvidar que el tercerista coadyuvante no es parte, en el sentido procesal del vocablo, sino que es una “adherencia a una parte, aunque incidentalmente pueda sustituirla, ejercitando derechos dentro del proceso, que la parte principal no ejercitó. El tercerista coadyuvante aunque debe ostentar un interés legítimo, defiende en el juicio un derecho ajeno, pero que puede generar derechos u obligaciones propias” (Podetti, Ramiro, “Tratado de las Tercerías, Ed. La Ley). (C.S.J. Santa Fé, 26/12/2007, “La Meridional Cia. Arg. de Seguros S.A. c/Aguilera, Osvaldo O. s/Recurso de Inconstitucionalidad”).

II.12. Las costas judiciales en la obligación de saneamiento - art. 1047 CCyCN.

La mayoría de la doctrina entiende que los gastos de defensa estarán **SIEMPRE a cargo del garante** (art. 1047 CCyCN, en contra 2117 CC), *salvo* si el garante no fuese citado a juicio, o si el garante se allana a la demanda, y el adquirente prosigue inútilmente el juicio, y lo pierde. Esto es básicamente lo prescripto por el art. 1047 CCyCN. Las costas podrán reclamarse del enajenante si el adquirente perdió el juicio, y también si lo gana, más aún si el enajenante se mostró pasivo o no asumió la defensa del adquirente.¹⁹ Otros piensan (al igual que el anterior 2117 CC) que si el adquirente gana el juicio no corresponde que el enajenante le pague las costas, por ser perdidoso el 3º turbante, y es a este último a quien hay que imponérselas, tal como se impone en todos los códigos procesales de imponer las costas al perdidoso.²⁰ Adhiero a esta última posición por entender que resulta más equitativa y ajustada a derecho, puesto que en definitiva se acreditó en juicio que el enajenante transmitió un derecho sin vicios.

II.13. Defectuosa regulación de la garantía de evicción en el contrato de permuta.-

De un modo desconcertante el artículo 1174 del CCCN estatuye: “*El permutante que es vencido en la propiedad de la cosa que le fue transmitida puede pedir la restitución de la que dio a cambio o su valor al tiempo de la evicción, y los daños. Puede optar por hacer efectiva la obligación de saneamiento prevista en este Código*”.

Esta disposición restringe la garantía de evicción en la permuta, sin justificación alguna y a contramano de la regulación general de la obligación de saneamiento, según veremos seguidamente. Conforme se precisó en el Capítulo VI de este trabajo, la nueva regulación de la garantía de evicción *no requiere del dictado de una sentencia* para que opere la garantía. En cambio, el art. 1174 que transcribimos al inicio de este capítulo establece expresamente como condición que el permutante sea *vencido* en la propiedad de la cosa, lo que significa que para que opere la garantía de evicción es necesario que exista un pronunciamiento judicial que condene al permutante vencido a restituir.

¹⁹WAYAR, Ernesto, opcit, pág. 236/7; NICOLAU, Noemí “Fundamentos de Derecho contractual”, pág. 389.

²⁰HERNANDEZ – FRUSTRAGLI en LORENZETTI, pág. 66/67 - LORENZETTI, Ricardo Luis - Director, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. VI, p. 92/93, Rubinzal-Culzoni editores.

Esta disposición queda de esta forma desconectada con la regulación general de la obligación de saneamiento y garantía por evicción, y deja traslucir que no ha existido en este caso una tarea destinada a concordar esta norma con aquél régimen general; en cambio quedó legislada la evicción en la permuta de la misma manera que lo hacía el Código Civil de Vélez.

Ocurre que, a diferencia del Código derogado, que en el art. 2091 se refería expresamente a la sentencia, el nuevo Código, receptando la evolución que tuvo este tópico en la doctrina y la jurisprudencia, ya no la exige como recaudo de la garantía de evicción, por lo que nada justifica que mantenga la exigencia de contar con una sentencia que condene al copermutante afectado para que opere la garantía de evicción en este contrato.

III. CONCLUSIONES.-

De lege lata

- La acción quantiminoris en el actual régimen del CCyCN resulta admisible por un principio de conservación del contrato, acudiendo a la analogía (conf. arts. 2, 1.044 inc. a), 389, 989, 1.122, 1.557, y conc. CCyCN), principios generales del derecho, etc.
- En el art. 1033 inc. c) CCyCN se consagra una ACCIÓN DIRECTA a favor del adquirente turbado.
- En el art. 1.035 CCyCN se confiere una ACCION SUBROGATORIA a favor del adquirente que recibiera el bien a título gratuito de su enajenante, pero en donde los antecesores de este último le transmitieran a título oneroso.
- En la obligación de saneamiento, quien divide con otros (partición privada entre comuneros, copropietarios y coherederos), constituye una *incoherencia* sostener que es declarativa y no traslativa de derechos, cuando en rigor de verdad se trata de una *excepción* fundada en la equidad (arts. 2403 y 2404 CCyCN).
- Resulta injusto excluir de responsabilidad al Estado en la obligación de saneamiento (Art. 1040 inc. d) CCyCN), siendo que ello constituye, eventualmente, una responsabilidad lícita del Estado, receptada hoy legislativamente en el Art. 5 de la Ley N° 26.944.
- La obligación de saneamiento confiere al adquirente una **indemnización integral o plena** (art. 1740 CCyCN), no existiendo una limitación legal que lo impida, en tanto y en cuanto se encuentren acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil, y guarden adecuado nexo de causalidad.
- El factor de atribución es objetivo (art. 1.722 CCyCN) si el adquirente frustrado articula las acciones contenidas en el art. 1039 CCyCN (conc. art. 1043 CCyCN); en cambio, será subjetivo (art. 1.724 CCyCN) el factor de atribución en materia de daños y perjuicios, o los llamados “daños extrínsecos” (art. 1040 CCyCN).
- No resulta necesario el dictado de la sentencia que declare la evicción (o evicción producida).
- No se advierten obstáculos a que, una vez vencido el adquirente (y citado) en el juicio pertinente, y teniéndose en cuenta las circunstancias de cada caso, y por un principio de economía procesal, a que pueda ser el mismo juez, y en el mismo juicio, quien resuelva sobre las acciones del art. 1039 en contra del enajenante.
- Creemos admisible que el juez pueda liberar de costas al enajenante si el adquirente triunfa en el juicio.

De legeferenda

- La obligación de saneamiento hubiera sido preferible ubicarla en el régimen de los actos jurídicos (arts. 257 y sptes. CCyCN) - “Parte General” – Libro 1° (como ocurre en el Esbozo de Freitas), porque el instituto refiere a *“cualquier transmisión de derechos o división de bienes”*, no circunscribiéndose estrictamente a los contratos.
- Hubiera sido deseable que en el art. 1046 del CCyCN se previera también: a) la acción del adquirente en contra del 3° turbador (acciones posesorias, acción negatoria, confesoria, reivindicatoria, etc.), con citación del garante; o bien, b) el caso de que el enajenante intervenga como *tercero coadyuvante* del garante.
- Se aconseja en una futura reforma se elimine a la exigencia de contar con una sentencia que condene al copermutante afectado para que opere la garantía de evicción en este contrato (art. 1174 CCyCN).