CÁTEDRA

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

Dr. Juan Larrea Holguín

Contratos I

Edición Corregida y Actualizada

3 vol.7

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES



MONSEÑOR
JUAN LARREA HOLGUÍN (†)

Arzobispo de Guayaquil.

Abogado, Doctor en Derecho Civil y Doctor en Derecho Canónico.

Ejerció la abogacía durante diez años y después se ordenó sacerdote.

Fue Vicepresidente del Tribunal Supremo Electoral.

Asesor de la Presidencia de la República, de la Corte Suprema de Justicia, del Ministerio de Agricultura.

Procurador de la Caja del Seguro; Miembro de la delegación del Ecuador a la Conferencia de Cancilleres de Santiago de Chile.

Miembro de la Comisión para preparar Reformas a la Constitución de la República.

Profesor de las Universidades Central, Católica de Quito, Católica de Guayaquil; en el Instituto de Altos Estudios Nacionales; en la Academia de Diplomacia; en los seminarios de Ibarra y Guayaquil; Miembro de la Junta Consultiva de Relaciones Exteriores; de las Academias de la Historia y de la Lengua.

Autor de más de sesenta libros de Jurisprudencia, Derecho Civil, Internacional Privado y Constitucional.

Autor de varias obras de carácter ético y religioso.

Recibió el título de Doctor "Honoris Causa" de la Universidad Católica de Guayaquil; el Premio "Tobar" de la Municipalidad de Quito y el Premio Nacional "Eugenio Espejo".

Fue Obispo Auxiliar de Quito, Obispo de Ibarra y Obispo Castrense.

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE
SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
01	07	03

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

INVENTARIO

Compra ✓ Donación ..... Canje .....

Proveedor CEP

Factura 73843 Fecha 29-01-12 Precio 20-25

N° Inf. Recp ..... Fecha Inf .....

N° Alta 513654

Biblioteca GENERAL

346
L 333
v. 7
ID: 1591

DR. JUAN I. LARREA HOLGUÍN

UNIVERSIDAD CENTRAL
CONTROL DE BIENES
5136541

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

VOLUMEN VII

CONTRATOS I
COMPRAVENTA, PERMUTA
CESIÓN DE DERECHOS, DONACIÓN

C: 87054

QUITO, 2008

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

Volumen VII

CONTRATOS I

Compraventa, Permuta, Cesión de derechos, Donación

Dr. Juan I. Larrea Holguín

Revisión
Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación
Departamento de Diagramación - CEP

Impresión
Talleres - CEP

Derecho de Autor No. 029761: 14-oct-2008
ISBN Obra Completa No. 978-9978-86-800-3: 17-oct-2008
ISBN No. 978-9978-86-806-5: 17-oct-2008

Edición. Segunda
Tiraje. Mil

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

ÍNDICE

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR
VOLUMEN VII

CONTRATOS I
COMPRAVENTA, PERMUTA, CESIÓN DE DERECHOS, DONACIÓN

CAPÍTULO I LA COMPRAVENTA 1

1. Noción y definición 1
2. Diferencia de otros contratos 7
3. Clases de compraventa 13
4. Características generales del contrato de compraventa 16
5. La promesa de compraventa 19

CAPÍTULO II CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO PARA LA COMPRAVENTA 27

6. Principio de libertad contractual 27
7. Limitación de la libertad de compraventa entre cónyuges y entre padres e hijos 30
8. Prohibiciones para los empleados y administradores públicos 32
9. Prohibiciones a los guardadores y otras personas 34
10. Compraventa en nombre de otro 36
11. Compraventa entre personas no presentes 41
12. Consentimiento verdadero y sin vicios 43
13. La expropiación 49

CAPÍTULO III FORMA Y REQUISITOS 53
14. Forma esencial 53
15. Escritura pública e inscripción 55
16. Venta con arras 63
17. Plazo y condición 67
18. La simulación en la compraventa 72

CAPÍTULO IV EL PRECIO 79
19. Cualidades del precio en la compra-venta 79
20. Casos especiales 84

CAPÍTULO V DE LA COSA VENDIDA 87
21. Libertad general y excepciones 87
22. Compraventa de universalidades de bienes 93
23. Venta de cosa que no existe 99
24. Venta de cosa ajena 103
25. Compra de cosa propia 123
26. Frutos de la cosa vendida 125
27. Efectos inmediatos del contrato de compraventa 127

CAPÍTULO VI OBLIGACIONES DEL VENDEDOR 133
28. Enumeración de estas obligaciones 133
29. Partes que intervienen en la entrega 134
30. Identidad de la cosa vendida 137
31. Modalidades de la entrega 148
32. Tiempo en que debe realizarse la entrega 152
33. Efectos de la entrega o de la falta de la entrega debida 156

CAPÍTULO VII DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN 163
34. Obligación de garantizar 163
35. Quien debe la garantía de evicción 167
36. Saneamiento en las ventas forzadas 171
37. Efectos de la garantía de evicción 173

38. Características de la acción de saneamiento 179

CAPÍTULO VIII GARANTÍA POR VICIOS REDHIBITORIOS 183
39. En qué consisten los vicios redhibitorios 183
40. Acciones a que dan origen los vicios redhibitorios 187

CAPÍTULO IX OBLIGACIONES DEL COMPRADOR 193
41. Consideraciones generales 193
42. Pago normal del precio 194
43. Lugar y tiempo del pago 198
44. Acciones alternativas, a falta de pago 202
45. Efectos de la resolución para las partes contratantes 209
46. Efectos de la resolución con relación a terceros 211
47. Pacto comisorio 216
48. Venta con reserva de dominio 224

CAPÍTULO X LA RETROVENTA Y OTROS PACTOS ACCESORIOS 231
49. La retroventa 231
50. Pacto de reventa 237
51. Derecho de preferencia o tanteo 238
52. Prohibiciones de enajenar 241
53. Compra para terceros 243
54. Pactos de entregas parciales 244

CAPÍTULO XI LA PERMUTA 247
55. Definición 247
56. Naturaleza jurídica 249
57. Régimen legal de la permuta 250
58. Efectos de la permuta o cambio 252

CAPÍTULO XII LA CESIÓN DE DERECHOS 257
59. Noción o concepto de cesión de derechos 257
60. Quién puede ceder derechos y qué derechos pueden ser cedidos 260
61. Analogía y diferencias con otras figuras jurídicas 265
62. Como se realiza la cesión de derechos: forma 269
63. Notificación de la aceptación 272
64. Efectos de la cesión entre las partes 276
65. Efectos de la cesión en las relaciones del cesionario con el deudor y terceros 282
66. Cesiones sometidas a las leyes especiales 288
67. Cesión de derechos sucesorios 289
68. Cesión de derechos litigiosos 294

CAPÍTULO XIII LA DONACIÓN ENTRE VIVOS 301
69. Noción, naturaleza y definición de la donación entre vivos 301
70. Figuras afines a la donación 308
71. Sujeto activo y sujeto pasivo de la donación 315
72. Consentimiento y causa de la donación 321
73. El objeto, en la donación 323
74. Forma o solemnidades de las donaciones entre vivos 329
75. La insinuación para la donación 335
76. Aceptación de la donación 339
77. Efectos de la donación 343
78. Resolución, rescisión y revocación de las donaciones 350
79. Rescisión 353
80. Revocatoria de la donación 354

81. Efectos de la revocatoria de las donaciones respecto de terceros 360
82. Donaciones remuneratorias 361

BIBLIOGRAFÍA 367

CAPÍTULO I
LA COMPRAVENTA

1. Noción y definición

En la sociedad contemporánea, en la que el dinero resulta algo universalmente conocido y usado, casi como si fuera un elemento connatural, el concepto de la compraventa está en el pensamiento de todos: se cambian cosas por dinero.

Este proceso de contenido económico, ha llegado a generalizarse después de una larga evolución de las costumbres y normas jurídicas. Inicialmente las variadas necesidades humanas y las diversas de bienes. Posteriormente se usan los metales más o menos preciosos y apreciados por su relativa rareza, como el oro, la plata y el cobre, o aleaciones como el bronce, medidos por su peso, para servir a su vez de unidades de cálculo del valor de las cosas dadas y recibidas unas por otras. Finalmente, esas medidas de peso de metales, se fijan en unidades fácilmente identificables que originan la primitiva moneda.

Progresivamente se ha generalizado el uso del dinero, se han multiplicado y perfeccionado los medios de representarlo (monedas, billetes, cheques, vales, bonos, cartas de crédito, tarjetas de crédito, cuentas bancarias movilizables por medios electrónicos, etc.) y de este modo las transacciones de cosas por su valor se realizan casi exclusivamente por el contrato de compraventa; la permuta o cambio directo de unas cosas por otras, ha caído en casi completo desuso.

El concepto muy simple de la compraventa, dar una cosa por una suma de dinero, presenta, sin embargo, algunas variaciones que originan varias firmas de compraventa y también derivan en otros contratos, símiles pero diferentes.

El concepto más exacto de la compraventa incluye las obligaciones recíprocas de las dos partes contratantes, de transferir la propiedad de la cosa y del pago de su precio. Se trata, pues, de una entrega de algo cuyo dominio o propiedad se quiere transferir. De aquí que no hay compraventa en la mera cesión de un derecho parcial sobre la cosa, como la facultad de usarla por un cierto tiempo (arrendamiento), o de disfrutar de ella y sus frutos (usufructo), pero sin transferir el dominio ni comprometerse a ello.

La transferencia del dominio está ahora vinculada estrechamente en la compraventa. Pero aquí surgen diversas concepciones, teorías y sistemas jurídicos diversos.

La compraventa romana inicial no suponía transferencia de la propiedad del objeto vendido, sino una entrega para que quien recibía la cosa pudiera adquirirla por uno de los medios propios del derecho formal: la **in iure cesio, la mancipatio o la traditio**. La res **mancipi**, que comprendían los principales bienes estimados por la sociedad (los esclavos, el ganado, las tierras, etc.) solamente se transferían entre vivos mediante esas formas solemnes y la compraventa no transmitía al comprador más que una posesión y la expectativa de llegar a ser dueño por los indicados medios formales.

Las corrientes del derecho germano se fueron mezclando con los principios romanos y este mismo derecho evolucionó hacia una admisión cada vez más amplia de modos menos formales y más espiritualizados de transferir el dominio, dando progresiva validez a la voluntad de los contratantes para producir ese efecto.

De esta manera se generalizó en las costumbres y en algunos textos legislativos de Europa el considerar a la compraventa **como un contrato apto para transferir la propiedad**. Sin embargo esta transferencia podía entenderse de dos formas: inmediatamente, por el sólo efecto del contrato, o bien como el cumplimiento de la obligación contractual mediante algún otro acto o formalidad, tal como el pago efectivo, la entrega o tradición de la cosa, o el cumplimiento de especiales formalidades, como la escritura pública.

Los dos conceptos no son incompatibles, pues resulta admisible que en ciertos casos la compraventa produzca de inmediato el efecto transmisor de la propiedad, y en otros casos, por disposición de la ley o por voluntad de las partes, se postergue la transferencia del dominio, sea hasta el cumplimiento de un plazo o condición, sea porque se deba cumplir alguna **solemnidad**, como la inscripción de la escritura pública, en el caso de los inmuebles.

Si se concibe la compraventa como **contrato consensual**, resulta lógico que produzca sus efectos desde el momento en que existe el consentimiento, mientras que si la compraventa se considera perfeccionada solamente con la entrega de la cosa, se da a la compraventa **un carácter de contrato real**. No hay inconveniente en que el sistema jurídico adopte un concepto diferente para la compraventa de **ciertos bienes**, como es el caso en el Ecuador, para los inmuebles y las universalidades de bienes.

Dentro de la concepción plenamente consensual caben algunos matices. Así, en el derecho francés, se dispone que el vendedor solamente se obliga a entregar la cosa y a garantizarla, pero no se menciona la transferencia de la propiedad, precisamente porque la mera compraventa ya produce de inmediato este efecto: esta obligación queda cumplida el momento mismo de celebrarse el contrato. Ahora bien, la **entrega** de la cosa también puede considerarse de diversas maneras: como tradición de la propiedad, o como simple disposición de la posesión: el Código de Napoleón (art. 1604), siguiente la doctrina de Domat, dice que la entrega consiste en poner la cosa "en poder y posesión del comprador". El actual derecho francés, como el italiano y también el *Common law* inglés, reconocen a la compraventa la fuerza de transferir el dominio, aunque no se haga un acto expreso de tradición; la tradición se produce por la misma compraventa.

El artículo 2248 del Código Civil Mexicano define la compraventa como "contrato por el cual uno de los contratantes, llamado vendedor, se obliga a transferir el dominio de una cosa o de un derecho a otro, llamado comprador, quien a su vez se obliga a pagar un precio cierto y en dinero". Treviño agrega: "El objetivo principal que se persigue en el contrato es el de transmitir el dominio de las cosas o derechos, bien sea que dicha transmisión se opere por el mero contrato, si se trata de cosas ciertas y determinadas, bien que se efectúe con posterioridad tal como sucede con

las cosas determinadas solo en especie". A diferencia de esta norma mexicana, nuestro Código, no menciona la transferencia del dominio en la definición del artículo 1732, sino que se refiere únicamente a "dar una cosa" y esta entrega bien puede entenderse en **propiedad** o como simple **posesión.**

La transferencia inmediata o la no inmediata transferencia de la propiedad distinguen, pues dos sistemas diferentes. El francés produce la inmediata transferencia, en el germánico se debe agregar a la compraventa la tradición y solamente así se transfiere el dominio.

El sistema francés supuso una larga y controvertida evolución. Pothier y el derecho antiguo se aferraba a que la compraventa no produjera por sí misma la transferencia del dominio, en el Código de Napoleón triunfó la tesis de la inmediata transferencia por el mero consentimiento y los intérpretes continuaron discutiendo sobre el tema. El sistema ecuatoriano combina ambos puntos de vista, ya que la entrega de la cosa si es inmediata, produce también inmediatamente la transferencia del dominio y puede realizarse aún de maneras espiritualizadas, por el mismo consentimiento, pero, para los inmuebles, se exige la especial formalidad de la escritura pública, en la que consta el consentimiento que no es suficiente por sí para transferir el dominio, sino que se produce esto, por la inscripción en el Registro de la Propiedad.

El problema de la naturaleza de la compraventa se plantea en todas partes. Así, en España la definición del Código, que es muy cercana a la nuestra, no permite una clara definición. Según Puig Peña, como dicha definición no habla de transferencia del dominio sino de "entrega de la cosa" (como en Ecuador se dice: "dar una cosa"), el contrato tiene "una sustancia traslativa y el cauce jurídico a través del cual se opera la transferencia dominical de la cosa es a lo que en puridad se obliga el vendedor".

Castán critica la definición del Código Civil español que se refiere a "entregar una cosa" porque no se sabe si es en propiedad o en simple posesión o tenencia. El Código Civil ecuatoriano dice: "dar una cosa", y el Diccionario de la Academia en la primera acepción señala como sinónimo de "dar" "donar", y en la segunda acepción, que sería la aplicable al caso,

"entregar"; de modo que la crítica de Castán resulta aplicable a nuestro artículo 1732.

Ennecerus define así: el contrato bilateral por el cual una de las partes se obliga a la prestación de una cosa o un derecho y la otra, a la contraprestación en dinero. Tampoco así se resuelve el contenido último del contrato, ya que la prestación, es una entrega, o un dar, que admite la transferencia del dominio, pero no la exige necesariamente. En parecida línea se sitúan otros autores, como Josserand, quien afirma: "un contrato por el cual el vendedor se compromete a entregar al comprador y a garantizar una cosa o un derecho preexistente, mediante el pago de un precio en dinero".

En resumen, mientras en el primitivo derecho romano la compraventa no transfería más que la posesión (no la propiedad), la mayor parte de los sistemas modernos, siguiendo al Código Napoleón, admiten que la compraventa por sí misma sirve para la enajenación y adquisición del dominio, pero también se admite que de la compraventa surjan solamente obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio, la entrega se dirige a transferir la propiedad, puede ser en sí misma una tradición, o bien exigir formas más o menos solemnes para este efecto.

El sistema propio del derecho ecuatoriano de la compraventa la categoría de **contrato consensual** destinado a producir la transferencia de la propiedad, pero ésta requiere de un **título** y un **modo**. La compraventa es el **título** y origina la obligación del vendedor de transferir la propiedad y la obligación del comprador, de pagar el precio. La transferencia se hace normalmente mediante la tradición, que es el **modo** de adquirir. Dicha entrega puede ser en el mismo momento de celebrar el contrato o con posterioridad a él, esto no cambia la estructura jurídica de esta relación. Hay que añadir que, ciertos bienes, principalmente los inmuebles, requieren la inscripción de la escritura de venta en el Registro de la Propiedad; la inscripción opera la **tradición** y por ella, la transferencia del dominio; la sola escritura pública de compraventa confiere el título, que se completa con el modo (tradición) y produce la transferencia del dominio.

Recogiendo las características señaladas, se puede decir que en la actualidad, en el Ecuador, la forma más elemental de ver la compraventa consiste en el cambio de una cosa por un precio. Este intercambio se produce

por efecto de un contrato que se forma por el **consentimiento** de las partes y surte su efecto, ya de manera instantánea -al momento mismo de contratar-, o bien como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el vendedor y el comprador. El consentimiento es la esencia misma del contrato, pero, en nuestro derecho, el contrato de compraventa se convierte en un contrato solemne, cuando se refiere a **inmuebles** y en otros casos que se señalará más adelante: entonces no basta el consentimiento sino la escritura pública y la transferencia del dominio se produce por su inscripción; esto se debe a la especial protección que nuestro sistema civil ha querido dar a la propiedad raíz.

Podría definirse en el Ecuador la compraventa como el **contrato por el cual una parte transfiere o se obliga a transferir el dominio de una cosa material o inmaterial, y la otra parte paga o se obliga a pagar el precio convenido.**

La definición que trae el Código Civil en el artículo 1732 dice: "Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llamada vendedor, y el que contrae la de pagar en dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio". Parece conveniente introducir en esta definición la aclaración de que la cosa puede ser **material o inmaterial**, ya que el propio Código más adelante menciona la venta de derechos, acciones, etc., que no son cosas materiales; y aunque la palabra "cosa" abarca unas y otras, conviene destacar en la misma definición esta doble utilidad del contrato.

También se pone de relieve en la definición que propongo, el hecho de que la compraventa **se dirige a la transferencia del dominio**, y no a una simple entrega ("dar") de la cosa, que podría ser a título de mera tenencia, de posesión o de propiedad.

Finalmente, parece también oportuno indicar que la transferencia del dominio puede coincidir con el mismo momento del contrato o bien producirse más adelante; es decir, que la obligación del vendedor o se cumple instantáneamente, o se realiza posteriormente, lo cual da cabida al plazo, la condición o la determinación ulterior del cuerpo cierto que se transfiere (y que puede inicialmente señalarse por su especie y número, peso o medida).

En varias sentencias de la Corte Suprema se habla de este contrato como si directamente produjera la transferencia de dominio, pero estas expresiones son simplemente una simplificación, que no desvirtúa el sistema, si se quiere un poco complicado.

2. Diferencia de otros contratos

Permite perfilar mejor el concepto del contrato de compraventa, el compararlo con otras figuras jurídicas análogas que, precisamente por su parecido, no deben confundirse.

2.1. En la **dación en pago,** existe, como en la compraventa, el cambio de una cosa por un precio, pero se podría decir que en lugar de confundirse ambas figuras, más bien representan su antítesis. Efectivamente, en la compraventa se contrae unas obligaciones, del vendedor y del comprador, mientras que la dación en pago sirve para **extinguir una obligación preexistente**: la cosa que se entrega hace las veces del precio, con ella se paga lo que se debía. En ambos casos hay una transferencia del dominio y ha de haber una correlación entre la cosa y el precio, pero en la dación en pago la cosa se convierte en precio, es el precio con el que se paga y se extingue una obligación anterior.

Nuestro Código no menciona siquiera la dación en pago entre los contratos, y conforme a él debe entenderse como "medio de extinguir las obligaciones". En el Título XIV del Libro IV, que trata de esta materia se indica que el pago puede hacerse transfiriendo la propiedad de la cosa que se debe (art. 1591), para lo cual, quien paga ha de ser dueño de la cosa y ha de tener la facultad de enajenar. De este modo, queda en claro que en dación en pago hay verdadera transferencia del dominio. Cuando lo que se debía era dinero y se cumple la obligación entregando la propiedad de un cuerpo cierto, se requiere un convenio entre deudor y acreedor y surge entonces la dación como contrato, en cuanto depende de lo acordado por las dos voluntades.

2.2. El Código Civil, en los artículos 1657 a 1667 trata de la **cesión de bienes**, en la que hay también una dación para extinguir obligaciones, pero no como fruto de un contrato, o convenio entre las partes sino como

consecuencia de la situación de insolvencia del deudor y con la intervención judicial para satisfacer ordenadamente los derechos de los acreedores.

2.3. Hay intercambio de un bien, un derecho, por un precio, en la constitución contractual de **renta vitalicia** (de ninguna manera si la constitución es unilateral, por acto entre vivos o *mortis causae*). Si una persona se obliga a pagar la renta vitalicia y recibe a cambio de esta obligación un precio, o bien, si el beneficiario de la renta se obliga a pagar un precio, se produce un intercambio similar a la compraventa, pero nos hallamos ante un contrato **aleatorio** ya que la obligación vitalicia puede durar poco o mucho y variar substancialmente en su cuantía, lo cual no es compatible con el concepto de la compraventa normal; el factor aleatorio es admisible en algunas ventas a plazo o condición o en el caso de venta de cosa futura, pero esto es excepcional, en tanto que es esencial en la renta vitalicia. De esto derivan importantes consecuencias prácticas, como la de que no cabe lesión enorme en la renta, precisamente por su carácter esencialmente aleatorio.

2.4. Dentro de la partición de bienes de los condóminos de un patrimonio, generalmente hereditario, se produce con frecuencia la **licitación**, que presenta una notable analogía con la venta. Efectivamente, se asigna un determinado bien al heredero que ofrece más, con imputación a su cuota, es decir que paga un precio y recibe la propiedad, como sucede en la compraventa. Pero la diferencia es inmensa: en la licitación no se recibe una cosa ajena, sino algo que no es totalmente propio, ya que se tiene derecho a una parte o alícuota. Nadie puede comprar lo que es suyo y en la licitación para la partición, se atribuye, se asigna un bien determinado para pagar con él la cuota a que tiene derecho en la universalidad o totalidad de bienes que se reparten. Esta asignación "concreta" el derecho de propiedad de quien ya era dueño, de otra manera -de una cuota- y por esta razón, la asignación que se le hace, tiene carácter declarativo y sus efectos se retrotraen al momento de la formación de la comunidad: se le considera dueño desde un momento anterior a la licitación, todo lo cual se aleja mucho del concepto de compraventa.

Cuando en la licitación el copartícipe del bien subastado o licitado ofrece y paga una suma superior a la cuota que le corresponde en la cosa que se le asigna, se produce una figura jurídica mixta, porque el exceso de valor que

paga el asignatario (llamado normalmente "refundición"), tiene el carácter de precio propiamente dicho; pero aún en este caso, el asignatario no está comprando a los copartícipes (frecuentemente "coherederos", sino que recibe directamente la cosa del causante ("de cuius") y evidentemente no se compra a un muerto. La refundición, aunque sea un precio, no produce una compraventa, sino que sirve para hacer efectiva la partición, para dividir la cosa común restableciendo la equidad que resultaría afectada si uno de los partícipes recibiera más de lo que le corresponde por su cuota.

En cambio, si la licitación es "abierta", si pueden intervenir extraños a la sucesión o a la comunidad de bienes que se está dividiendo, entonces sí el extraño paga un precio por una cosa ajena que adquiere, y hay verdadera compraventa. Vendedores resultan los copartícipes, que luego se dividirán el precio pagado por el verdadero comprador.

2.5. El artículo 1837 del Código Civil se refiere a la **permuta**, y establece que "cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario". Claro está que la analogía entre las dos instituciones llega al máximo grado, porque la una deriva históricamente de la otra, y la diferencia radica en que en la compraventa se emplea dinero, mediante cualquiera de sus representaciones: monedas, billetes, cheques, cartas de crédito, fichas, vales, medios electrónicos, etc., pero siempre dinero. Si desaparece el dinero y es reemplazado "por otra cosa", ya no hay compraventa sino permuta; y en los casos mixtos, de entrega en pago una parte en dinero y parte con "otra cosa", es razonable que se considere el contrato como compraventa si es mayor el precio, y como permuta cuando la cosa vale más que el dinero.

2.6. Mediante la **subrogación**, de carácter objetivo o real, se sustituye un bien por otro en un determinado patrimonio. Por ejemplo, el artículo 166 del Código Civil se refiere a la subrogación de un inmueble de la sociedad conyugal, por otro o por dinero. Cuando se sustituye un inmueble por dinero, con ánimo de subrogarlo adquiriendo posteriormente con ese dinero otro inmueble, hay una especie de compraventa provisional porque se da el intercambio entre una cosa y su precio, pero el carácter provisional no permite identificar esta figura como una verdadera compraventa. Produciéndose la venta de un bien, generalmente un inmueble, y la adquisi-

ción de otro que ha de subrogar al primero, puede haber un saldo porque el precio de las dos cosas no sea igual y entonces se sigue una regla análoga a la dada para distinguir la permuta de la venta: "no se entenderá haber subrogación, cuando el saldo a favor o en contra de la sociedad excediere la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social, quedando la sociedad obligada al cónyuge por el precio de la finca enajenada, o por los valores invertidos y conservando éste el derecho de llevar a efecto la subrogación, comprando otra finca". Se produce una situación similar a la indicada de la partición: el saldo no es un precio, no hay compraventa entre la sociedad y uno de los miembros de la sociedad, sino una forma equitativa de evitar el perjuicio, o de restablecer lo justo usando el dinero para esa compensación.

2.7. Más delicada resulta la distinción entre la **cesión de derechos** y la compraventa, ya que ésta se aplica no sólo a los bienes materiales sino también a los inmateriales, se admite la compra de un derecho de usufructo (no del usufructo legal, pero si del convencional), de una servidumbre de un crédito o de los documentos lo que lo representen (por ejemplo acciones de una compañía), etc. Rezzonico, citando a Colmo, sostiene que si el derecho transferido es un derecho absoluto, oponible contra todos *(erga omnes)*, hay venta; si se transfiere un derecho relativo, sólo oponible a persona o personas determinadas, que son los deudores, hay cesión". Esta solución doctrinaria parece aceptable, ya que la finalidad de la compraventa es la de transferir la propiedad y ésta se aplica a las cosas materiales o a ciertos derechos pero no necesariamente a todos: el artículo 600 se refiere a esta "especie de propiedad" sobre los bienes inmateriales y señala como ejemplo el derecho de usufructo, que es un derecho real. La cesión de un **crédito personal** necesariamente tendrá características diversas de las de una verdadera venta.

2.8. La **donación** se diferencia radicalmente de la venta, porque la primera es a título gratuito y la segunda a título oneroso: precisamente el precio es esencial en la compraventa. Pero sucede que a veces la donación lleva una carga y entonces se aproxima a la compraventa, porque deja de ser totalmente gratuita. Si la carga del donatario fuere igual o superior al valor de la cosa "donada", realmente no habría donación, se habría desvirtuado el carácter gratuito; el artículo 1414 declara que no hay donación, si habiendo por un parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como

cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero"; extremando el ejemplo, si la carga es superior al valor de lo presuntamente donado, realmente no habría donación sino compra por parte del que está pagando un precio por lo que recibe.

2.9. La analogía con el **arrendamiento** de cosas (no de servicios), es evidente: se entrega una cosa por un precio; pero, a diferencia de la venta, el arriendo no transfiere el dominio, ni siquiera la porción de la cosa arrendada, sino únicamente su tenencia, dando al arrendatario un derecho limitado de usarla o de habitarla. El arriendo, además, es temporal, mientras que la venta es definitiva.

Sin embargo, como anota Planiol, hay formas de arrendamiento que se acercan al contrato de compraventa o se combinan con él. Se hacen ventas a plazos que dejarían al vendedor en la inseguridad de cobrar todo el precio si entrega la cosa al comprador; entonces, se procede a un arrendamiento, que permite al vendedor conservar la propiedad hasta el pago total del precio: los pagos parciales son algo más que un canon de arrendamiento, constituyen pagos de una venta que se efectuará cuando se haya cancelado todo el valor de la cosa: ha aquí una combinación de venta o promesa de venta con el arrendamiento.

El contrato de arrendamiento presenta otros problemas de analogía con la compraventa, cuando lo que se entrega es un inmueble que da frutos y productos. Los frutos no disminuyen el valor de la cosa, porque se renuevan y se entiende que el arrendatario paga el canon precisamente para recibir dichos frutos o para usar la cosa. En cambio, los productos de una cantera, la tala de un bosque y otros casos semejantes que disminuyen considerablemente el valor de la finca, no aparecen con nitidez como objeto de un simple arriendo y más bien se han de considerar como vendidos al arrendatario (que pasa a ser un comprador).

También hay ciertos bienes que se arriendan por un largo tiempo, como las sepulturas por quince o treinta años y que se aproximan a una verdadera venta. A su vez la venta de energía eléctrica, puede más bien considerarse como un arrendamiento. En estos casos habrá que tener en cuenta primariamente la voluntad de los contratantes y muchas veces las precisas

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

cláusulas que determinen el uso de las cosas y las responsabilidades y obligaciones que se asumen, servirá para calificar de un u otra manera estos contratos.

2.10. Dentro de la regulación del contrato de arrendamiento (Título XXV), se trata de la **construcción de una obra material** (Parágrafo 7o.), y allí se dice "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta, pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. (...) Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento. Si la materia principal es suministrada por el que ordenó la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento. En el caso contrario, de venta" (art. 1930). Tenemos aquí un ejemplo típico de cómo se pasa paulatinamente de una a otra figura jurídica: se desvirtúa el concepto de venta desde el momento en que la materia con la que se construye o ejecuta la obra, pierde importancia frente al valor del trabajo del artífice; es evidente, por ejemplo, que cuando un artista ejecuta un retrato al óleo no se ha de considerar como venta de los materiales que emplea, que representan un mínimo valor en comparación con el aprecio debido al arte de quien ejecuta esta obra; en cambio, un sastre que corta un vestido poniendo él todos los materiales, está vendiendo el vestido a la persona que lo ordenó.

2.11. Más alejado de la compraventa que cuando lo está el arrendamiento, se encuentra el **mutuo o préstamo de consumo** (arts. 2099 a 2115 del Código Civil), pero también aquí hallamos algún punto de contacto. Si se han prestado cosas fungibles, distintas del dinero, se deben devolver de igual género y calidad, pero dice el artículo 2101: "si esto no fuere posible, o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que deba hacerse el pago"; en estas circunstancias, la analogía con la compraventa resulta evidente, aunque, como se trata de cierta evolución del mutuo hacia la compraventa en el momento en que ya debe restituirse la cosa prestada, obviamente no son aplicables las normas de la compraventa (sobre el riesgo, los frutos, etc.) mientras está vigente el contrato de mutuo.

2.12. Más lejano a la compraventa, es el **depósito**, que aparentemente no podría de ninguna manera confundirse con ella, sin embargo, como anota Borda, se dan algunos casos en los que se desdibuja la figura del depósito,

como sucede en ciertos contratos en los que se remiten cosas par ser vendidas, por ejemplo relojes o joyas, en un almacén que los recibe a consignación, para exhibirlos y venderlos, fijándoles un precio el productor, pero dejando en libertad al minorista para que los venda a su conveniencia. Se plantea entonces la cuestión de si durante el tiempo en que el minorista conserva las joyas en su poder es depositario o comprador. El mencionado autor indica que los tribunales franceses han resuelto esta cuestión en el sentido de que hay una compraventa, pues el depósito exige necesariamente la restitución de la misma cosa; por esto, la alternativa de restituir la cosa o venderla, convierte la operación en una compraventa condicional.

2.13. En los últimos años han surgido una variedad de contratos, sobre todo de índole comercial aunque también aplicable en materia civil, que combinan la compraventa con el mandato, con el arrendamiento, con el mutuo, pero estos contratos **mixtos o innominados** pueden reducirse a verdaderas ventas con alguno de los pactos adicionales que el mismo Código Civil reconoce ampliamente como una facultad de las partes contratantes. Volveremos sobre esto al tratar sobre dichos pactos accesorios de la compraventa.

3. Clases de compraventa

3.1. Se pueden establecer diversas clases de compraventa, ateniéndose a los sujetos que intervienen, a los objetos y a ciertas modalidades, pero no hay motivo suficiente para tales clasificaciones; así, nos hallamos ante verdadera compraventa sea que intervengan personas plenamente capaces o menores, interdictos u otros sujetos por medio de sus representantes legales; hay igualmente compraventa cuando se quiere transmitir el dominio de cosas singulares o universales, de muebles o inmuebles y cuando se hace el contrato por espontánea determinación de las partes, lo mismo que cuando debe intervenir una autoridad. Tampoco sería razón suficiente para crear figuras jurídicas especiales de compraventa, la existencia o no existencia de cláusulas que modifican en alguna medida las obligaciones de vendedor y comprador, como las que confieren plazos o someten a condición, o bien aumentan o disminuyen la responsabilidad de uno u otro.

3.2. En varios países, como sucede en Ecuador, la compraventa se regula tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio y se habla de un

contrato **civil** y de un contrato **mercantil.** Se suele justificar este hecho diciendo que las necesidades del comercio moderno han llevado a configurar de manera más ágil la compraventa mercantil; en realidad, hay formas nuevas de contratación, pero bien pueden reducirse a las previstas en el Código Civil, y las pequeñas diferencias entre las dos legislaciones, no parecen suficientes para considerar necesarios dos cuerpos legales diferentes, bastaría señalar por vía de excepción tal o cual norma que permita transacciones más rápidas.

Nuestro Código Civil admite alguna diferencia entre la compraventa llamada civil y la conocida como mercantil. El artículo 2422 establece que "prescriben en dos años: la acción de mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan a menudeo". Y según el artículo 2423, "las prescripciones mencionadas (...) corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna". He aquí como la Ley civil señala una diferencia notable entre dos situaciones diversas, sin necesidad de constituir dos "clases" diferentes de compraventa, y sin necesidad de que una ley especial u otro código regule de diverso modo, cual se tratare de categorías distintas. Las acciones civiles, según el artículo 2415, prescriben en cinco años, si son ejecutivas, y en diez, si se trata de ordinarias, mientras que para el caso de las ventas de un mercader al menudeo, la acción dura sólo dos años. Cabe preguntarse si la venta al por menor de quien no sea mercader, también ha de prescribir en dos años: vender al menudeo ¿significa necesariamente ser comerciante?

El Código de Comercio no define la "compraventa mercantil" y en el Título II entra directamente a regular lo relativo a la cosa vendida, al precio y las obligaciones de vendedor y comprador. En el Título Preliminar se definen los "actos de comercio" y allí, en el artículo 3, entre otros "actos" se mencionan: "1. La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de esas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, mas no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieran comprado para su uso, consumo particular, o para el de sus familias". "2. La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una socie-

dad mercantil". "4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés otros establecimientos semejantes".

El criterio para distinguir los actos de comercio, aplicado al contrato de compraventa, resulta un tanto oscuro, no preciso, ya que se sujeta, por una parte a la consideración subjetiva de "la intención de revender", y por la otra a la condición del sujeto: si quien actúa es comerciante. Finalmente, en un contrato sinalagmático, como es la compraventa, queda la duda de ser calidad de civil o comercial, cuando una de las partes tiene la condición de comerciante y la otra no la tiene.

La doctrina ha procurado resolver estos problemas, pero no existe unanimidad al respecto, y las leyes de diversos países tampoco coinciden totalmente.

En el Ecuador, no hay dos jurisdicciones diferentes, para lo civil y lo comercial, y la venta de cosa ajena es permitida por igual en el Código Civil y en el de Comercio, de modo que se da únicamente la diferencia sobre el régimen de la prescripción, y el mismo Código Civil señala la excepción relativa a ciertas ventas al menudeo. No se justifica, por tanto en nuestro país la mencionada clasificación y la duplicidad de régimen legal de la compraventa.

De todos modos, existiendo las dos leyes -civil y mercantil-, se requiere establecer cuando se ha de aplicar cada una. En principio los actos o contratos de los comerciantes son comerciales y los de las demás personas deben regirse por el Código Civil, éste es la ley general y la especial solamente se aplica con toda seguridad cuando existen relaciones entre comerciantes.

En segundo lugar, entra el otro criterio, el de la "intención de revender" o la motivación de hacer una ganancia. Este segundo criterio es menos seguro y claro, y se tendrá que recurrir a presunciones (naturalmente, siempre que no sea aplicable el primer criterio, el del sujeto mercantil). Los bienes que se adquieren para el propio consumo, aunque se compren al por menor, no se compran para hacer ganancia, y aunque eventualmente se vendiere algún sobrante, no desvirtuaría la naturaleza civil del contrato. Si se ha comprado algo con intención de revenderlo y luego se consume en el

propio uso, caemos nuevamente en la incertidumbre, lo mismo, cuando una parte se revende y otra se consuma personalmente; en este caso, como explica Rezzonico, se ha de atender a cuál es la parte de mayor valor.

En los países en que hay una jurisdicción especial para los asuntos de comercio, distinta de los jueces y tribunales competentes para lo civil, el problema que estamos exponiendo resulta más grave, sobre todo en los casos que se califican como "mixtos", es decir, cuando la una parte es civil y la otra, mercantil. Se han presentado como posibles soluciones las siguientes: 1. Aplicar el derecho civil, como norma común; 2. Dar preferencia al comercial, por considerar que la cuestión interesa al orden público; 3. Aplicar la ley del demandado (es el sistema belga y el italiano antiguo); 4. Distinguir, si el demandado es la parte civil se sigue necesariamente la competencia civil, si es comercial, el demandante puede escoger entre las dos posibilidades (jurisprudencia francesa). Pienso que en el Ecuador, habría que aplicar la ley comercial, en virtud del principio de la especialidad, frente a la norma civil que tiene carácter general. Pero, estableciendo las excepciones que el mismo Código de Comercio admite y que ya quedan dichas: cuando compra un comerciante para su propio uso o el de su familia, etc. (art. 3 del Código de Comercio).

Las peculiaridades de ciertas compraventas serán expuestas al tratar de los diversos elementos de este contrato, así, por ejemplo, cuando se aplica a cosas inmateriales o a objetos universales, como una herencia o un establecimiento industrial, etc.

4. Características generales del contrato de compraventa

Del análisis de la definición de la compraventa y de sus elementos esenciales, se desprende que es un contrato bilateral, oneroso, sinalagmático, consensual, excepcionalmente formal.

4.1. La **bilateralidad** de la compraventa no se desvirtúa en los casos de *"policitatio"*, es decir, de oferta general al público, dejando abierta la posibilidad de que alguien acepte y con su consentimiento perfeccione la compraventa. Esto se efectúa actualmente, incluso por medios mecánicos: máquinas expendedoras automáticas, con listas de precios, o almacenes

mecanizados en los que no hay relación personal directa entre vendedor y comprador.

Tampoco deja de ser bilateral el contrato cuando alguien compra para un tercero; en este caso se complica la relación jurídica con una representación legal (como cuando un padre compra para el hijo de familia a quien representa), o con un mandato o agencia de negocios. En el último supuesto, se requiere la confirmación del beneficiario de la compra, ya que el agente oficioso carecía de poder para actuar en su nombre. En último término, las partes son siempre dos y no más de dos: vendedor y comprador. Desde luego la pluralidad de vendedores o de compradores no altera en nada esta característica, pero sí da lugar a complicadas cuestiones en torno a la responsabilidad y a las acciones judiciales que en algunos casos son divisibles y en otros no.

4.2. La necesidad de que exista un precio por el cual se compra la cosa, hace de este contrato de carácter **oneroso**, y precisamente lo diferencia por ello de la donación. Cuando el precio no se paga en dinero sino íntegramente con otra cosa, o por lo menos en su mayor parte con otra u otras cosas, deriva en permuta; pero tanto la compraventa como la permuta son títulos onerosos. Esta característica tiene mucha importancia para la regulación de lo relativo a los vicios redhibitorios y a la lesión enorme así como para la asignación misma de las cosas a uno u otro patrimonio, en el caso de las personas casadas, ya que a la sociedad conyugal ingresan las cosas adquiridas a título oneroso durante la vigencia de la sociedad. Finalmente, tiene trascendencia en materia tributaria.

4.3. La compraventa es **conmutativa o sinalagmática**, es decir que cada una de las partes se obliga en virtud de la obligación recíproca de la otra: la causa jurídica para el vendedor es la obligación del comprador de pagarle el precio, y la causa jurídica para el comprador consiste en la obligación del vendedor de transferir el dominio de la cosa. La reciprocidad de obligaciones guía toda la regulación equitativa de responsabilidades y de indemnizaciones que se deben las partes en caso de incumplimiento.

4.4. Solo excepcionalmente este contrato que es conmutativo, puede convertirse en **aleatorio**: cuando se vende una cosa que puede o no existir o llegar a existir.

4.5. El carácter **consensual** de la compraventa se ha impuesto en tiempos relativamente modernos, habiendo predominado anteriormente el considerar a la compraventa como un contrato real, que se perfeccionaba por la entrega de la cosa, o como un contrato solemne. En el derecho romano se extremó el formalismo y solamente fue cediendo paulatinamente, por obra de los pretores, y más tarde, de constituciones imperiales. En la edad media, en la edad moderna y hasta muy avanzada la contemporánea, la singular importancia económica asignada a los inmueble ha hecho que se reserven especiales solemnidades para la compraventa de bienes raíces, mientras que se ha agitado la de los muebles. Sin embargo, también los inmuebles se venden por simple consentimiento, según el sistema de algunos países, reservándose más bien la solemnidad para el cumplimiento de la compraventa de los inmuebles, esto es, para la transferencia del dominio, tal sucede en Francia, Argentina, etc. En el Ecuador la compraventa de inmuebles debe hacerse por escritura pública, es decir, en forma solemne, y la transferencia del dominio se produce por la tradición, que consiste en la inscripción en el Registro de la Propiedad.

4.6. Si se desvirtúan las cualidades esenciales que se acaban de señalar, el contrato de compraventa se degrada o convierte en otra relación jurídica más o menos análoga, o en ciertos casos, puede producirse la nulidad absoluta o relativa. Algunos autores hablan también de la inexistencia e incluso en otros sistemas jurídicos se equipara la nulidad absoluta a la inexistencia. En el Ecuador los textos legislativos no se refieren a la inexistencia, pero es obvio que si una relación humana no reúne los requisitos esenciales exigidos por el derecho, propiamente no se produce ningún efecto, no existe relación jurídica; esto entronca con el problema de la prueba de las obligaciones: quien alega la existencia de un contrato y sus consiguientes obligaciones, debe probar que realmente se ha contratado. Los elementos esenciales para que exista la compraventa son precisamente la duplicidad de partes -vendedor y comprador-, la manifestación de su consentimiento sobre el cambio de una cosa por un precio; si falta uno de estos elementos no hay compraventa; si uno de esos elementos adolece de algún vicio, incapacidad o deficiencia previstos por la ley, como la falta de determinación del precio o del mandato para actuar en nombre de otro, habrá nulidad, salvo que se produzcan otros efectos distintos de la nulidad, por disposición de la ley.

En un caso de exportación de atún a Puerto Rico por parte de una compañía, que embarcó el pescado y lo aseguró, se trabó la litis sobre el pago de una multa por falta de permiso de exportación; para resolver el caso, la sentencia de la Corte Suprema, parte de la calificación de este contrato como verdear compraventa, porque se trata de un convenio sobre cosa determinada y precio establecido por las partes.

En algunos casos de venta de inmuebles, las partes se ponen de acuerdo para declarar en la escritura pública un precio inferior al realmente convenido y pagado, esta **simulación** puede llegar incluso a tener características de defraudación al Fisco con sus consecuencias penales, pero por sí misma no anula ni desvirtúa el contrato de compraventa, como lo ha reconocido la jurisprudencia. Otra consecuencia grave de estas simulaciones puede afectar a las relaciones entre las mismas partes, ya resulta fácil demostrar la lesión enorme a base del dato falso del precio rebajado (sobre todo si se disminuye exageradamente), mientras que la demostración de la falsedad de la declaración del precio se presentará normalmente mucha dificultad.

5. La promesa de compraventa

5.1. Se puede prometer vender del mismo modo que solamente se puede prometer comprar, pero frecuentemente se celebran contratos de promesa de compraventa, es decir, que intervienen dos personas y cada una asume la obligación de llegar a celebrar la compraventa, en las respectivas calidades de vendedor y comprador.

Este género de contratos adquiere especial importancia y también son más frecuentes con relación a inmuebles. En nuestro derecho se dispone expresamente que siempre que afectan a bienes raíces, deben hacerse por escritura pública.

El motivo más frecuente por el que no se procede inmediatamente al contrato de compraventa y se interpone la promesa, suele ser la existencia de hipotecas que hay que cancelar previamente, o la falta de permisos municipales para parcelar terrenos o dividir propiedades urbanas; a veces se debe a un compás de espera hasta que el comprador consiga el dinero para la compra.

Respecto de los muebles, en cambio, no se ve mayor utilidad a la promesa, y en todo caso no se precisa escritura pública, basta el consentimiento de las partes y, para efectos de prueba, siempre que la cuantía pase de veinte mil sucres deberá haber un principio de prueba por escrito: factura, recibo, contrato, etc. Si las partes están conformes en la cosa y el precio, no se ve, para qué pueda servir un contrato de mera promesa de compraventa de muebles: ya que las partes se obligan en la compraventa a entregar la cosa y el precio, y si no pueden hacer esto de inmediato, sería lógico establecer un plazo o condición. De hecho, la promesa de compraventa de muebles resulta una verdadera compraventa sujeta a plazo o condición, puesto que llegado el plazo o cumplido el hecho incierto determinado por las partes, deberán hacer la entrega de la cosa y pagar el precio, con lo que se habrá cumplido propiamente la compraventa.

Distinto es el caso de los inmuebles, porque, como acabamos de indicar, el Código Civil, en el artículo 1570 dice que "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1a. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código; 2a. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces; 3a. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y, 4a. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente". Y el artículo precedente se refiere a las obligaciones de hacer, reconociendo el derecho del acreedor para hacer ejecutar la obligación de hacer y pedir indemnización de perjuicios por la infracción del contrato.

Resulta evidente que en el caso de los inmuebles, se cumplirá con facilidad las condiciones previstas en los numerales del artículo 1570, pero que, la primera, esto es, la celebración del contrato por escritura pública es indispensable, y sin el cumplimiento de ella, no habrá compraventa válida por lo establecido en el inciso segundo del artículo 1740: "La venta de bienes raíces, servidumbres y la sucesión hereditaria no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos

B 513654

de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito".

De este modo, en nuestro derecho no cabe duda respecto de la indispensable necesidad de la escritura pública para el contrato de promesa de compraventa de inmuebles, ya que la misma compraventa de tales bienes, lo requiere. Además, se suman a los inmuebles, la venta, y por tanto, la promesa de venta de las servidumbres y de la sucesión hereditaria.

5.2. En nuestro sistema jurídico el contrato mismo de compraventa, o el contrato de promesa de compraventa de inmuebles (y esos otros bienes ya dichos), deben ser por escritura pública, bajo pena de **nulidad**. En otros sistemas jurídicos, como en Francia, México o Argentina, es solamente la transmisión del dominio la que se verifica mediante escritura pública y su inscripción, admitiéndose en estos y otros países que el contrato se celebre por el mero consentimiento de las partes, incluso verbalmente manifestado; pero en el Ecuador, la obligación no nace, no hay contrato, sin la escritura pública, y para la tradición y transferencia del dominio, es requisito indispensable la inscripción de la escritura (o del auto de adjudicación en remate), en el Registro de la Propiedad.

Posiblemente por influencia de lo que sucede en otras partes o por desconocimiento de las leyes, con bastante frecuencia se producen contratos de compraventa de inmuebles en el Ecuador, mediante escritura privada. Estos contratos son nulos por falta de **solemnidad esencial** y no producen el efecto que se han propuesto las partes. Tales contratos solamente pueden originar accidentalmente otras obligaciones, tales como la de devolver el precio que haya pagado el promitente comprador, o exigir la restitución de la cosa, si entregó al que aspiraba adquirirla.

El documento privado, aunque sean reconocidas las firmas ante notario o juez, no es apto para celebrar los mencionados contratos de venta o de promesa de compraventa de inmuebles. Tales documentos constituirán prueba -incluso plena, si hay dos testigos-, de la voluntad de las partes, y de las declaraciones que hicieron, de donde puede deducirse que una de las partes entró en posesión del bien raíz, si así lo reconoce el dueño que le entregó, y por tanto, con el transcurso del tiempo puede llegar a adquirir

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

por prescripción extraordinaria (no por la ordinaria, porque no es un justo título esta promesa insolemne).

La Dra. Katia Murrieta explica que tampoco puede sustituir a la forma solemne consistente en la celebración de escritura pública, el simple reconocimiento de la firma ante notario o la protocolización de un documento privado.

5.3. Los casos que se han presentado ante los jueces y tribunales son innumerables y la jurisprudencia ha confirmado invariablemente estos puntos: el contrato privado no es válido; mucho menos, no es apto para transferir el dominio; no da lugar a las acciones para exigir el cumplimiento de lo convenido; no origina obligaciones de saneamiento; únicamente puede servir de prueba de los hechos y originar el derecho a la restitución de cuanto esté en poder ajeno (el precio en manos del vendedor, o la cosa en poder del comprador). Quien pretenda adquirir la cosa, no puede hacerlo por transferencia por parte del promitente comprador, ya que no es dueño y no puede transferir lo que no es suyo. El promitente vendedor, en cambio, bien puede enajenar la cosa libremente, sin deber por ello ninguna indemnización al promitente comprador.

5.4. Como observa Planiol, si el vendedor no cumple la promesa, caben dos soluciones. Se indemniza al comprador que sí cumple; o se produce la venta aún contra la voluntad del vendedor que la prometió. En Francia se optó por el segundo sistema "bastará con que hagan constar que el contrato de venta, por estar perfecto en todos sus elementos, tiene que ser cumplido y ordenar que se ponga en posesión de él al comprador". Pero este sistema corresponde al Derecho francés en el que la compraventa es siempre consensual, bastando el acuerdo de las partes para que ya surjan las correspondientes obligaciones, aunque se trate de bienes raíces. Por esto propiamente no se da diferencia entre la promesa y el contrato de compraventa: no tendría razón de ser una promesa, si ya surge la obligación por el mero consentimiento; muy distinta es la situación en nuestro Derecho, como hemos dicho.

Algo similar se da en la doctrina italiana: una parte de ella y de la jurisprudencia iguala la promesa al mismo contrato de compraventa; otros (Mattirolo, Coviello, Barassi, Longo, Ruggiero, etc.) consideran que la promesa

solamente obliga a celebrar el contrato y no transfiere la propiedad. A este propósito afirma Degni: "A primera vista ya surge la considerable diferencia entre una simple promesa bilateral de compraventa y una compraventa definitiva, pues mientras ésta hace siempre perfecta la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, aun cuando dicha transmisión no coincida con la conclusión del contrato, como sucede en la venta genérica, alternativa o condicional, y como se verifica especialmente en la venta con reserva de dominio, en cambio, la promesa bilateral de venta, no tiene por contenido la transmisión de la propiedad, haciendo nacer entre los contratantes una obligación puramente personal: el uno se obliga a comprar, el otro a vender".

La diferencia entre una y otra concepciones (identificar o no identificar la promesa con la venta), es grande y los efectos de adoptar una u otra, son muy diversos. La promesa engendra una obligación de "hacer", de dar el consentimiento y celebrar la compraventa con las solemnidades que se requieran; mientras que el contrato de compraventa originan obligaciones de "dar": el vendedor deberá entregar la cosa, y el comprador deberá dar el precio. Hasta que se cumpla la obligación de hacer, la propiedad de la cosa permanece en el vendedor y los riesgos le corresponden; en tanto que cuando se ha celebrado el contrato de compraventa ya puede haber tradición, entrega legal y traspaso de la propiedad, con todas sus consecuencias sobre el riesgo de la cosa. Los derechos sobre los frutos y otros aspectos, igualmente varían en uno y otro caso.

En los sistemas que identifican la promesa con la compraventa y le hacen producir normalmente el efecto de transmitir el dominio, cuando se desea evitar que la cosa pase a propiedad del comprador, se requiere un expreso pacto de reserva de dominio; tal sucede en México; y si el vendedor se resiste a entregar la cosa se faculta a juez para dar la forma legal al contrato ya perfeccionado por el consentimiento de las partes, firmando en nombre del vendedor la escritura, cundo sea necesaria. Se consideran como "ventas a plazos", aquellas promesas en las que se establece el pago por dividendos, y se deja para el momento del último pago, la entrega de la cosa al comprador.

Rezzonico da cuenta de similares problemas de interpretación en el derecho argentino; también allí la doctrina y la jurisprudencia no están acordes

y se discute si el juez podrá firmar la escritura en nombre del vendedor que se resiste a suscribirla. Este autor destaca la importancia de definir el asunto por la trascendencia que tiene en materia de quiebra, ya que si se considera la promesa como una obligación de hacer, la cosa no entrará en el concurso; en cambio, si se considera como una obligación de dar, un crédito quirografario, entra en el concurso de acreedores y allí deberá probarse el perjuicio que se deba indemnizar.

En el Código Civil ecuatoriano esta grave discusión queda resuelta por la clara disposición del artículo 1570 que declara que cumplidas las condiciones allí señaladas, se aplicará el artículo anterior (Art. 1569), el cual se refiere a "la obligación de hacer"; en la promesa de compraventa, tenemos, pues, en el Ecuador, una obligación de hacer y si el deudor se resiste a cumplirla el acreedor (el comprador en este caso), puede escoger entre pedir que se le autorice para que la ejecute un tercero a expensas del deudor, o que el deudor le indemnice por el incumplimiento.

5.5. Efectivamente, la jurisprudencia ha confirmado que la promesa de compraventa de inmuebles entre nosotros, produce una obligación de hacer, y que incumplida la obligación, el juez puede dar eficacia al contrato firmando la escritura pública en reemplazo del vendedor renuente.

Naturalmente, la ejecución de una obligación de hacer, queda siempre supeditada a **que sea posible** física y jurídicamente. Si la cosa ha desaparecido, se ha extinguido, por ejemplo un terreno por inundación permanente, o por haber salido del comercio, entonces la obligación de hacer se transforma en la de indemnizar. En una sentencia se dice: "Después de la promesa de venta válidamente celebrada, se ha embargado el inmueble. El promitente vendedor alegó 'imposibilidad legal de cumplir la promesa de venta'. La primera Sala de la Corte Suprema resolvió que si el embargo hubiera sido anterior a la promesa, habría objeto ilícito en la enajenación del bien, pero no se este el caso; además, la venta no es enajenación y por tanto, debe cumplirse lo prometido. La manera como pueda el demandado verificar a favor de los actores la tradición de la cosa vendida, no es aspecto que pueda contemplarse en esta sentencia". Un tanto extremada parece la última parte de esta resolución, pero de todas formas queda en claro que, mientras no exista verdadera imposibilidad física o legal hace derivar la obligación en otra consistente en reparar el perjuicio.

Si la imposibilidad se ha producido por culpa del mismo vendedor, su obligación se agrava y si no es capaz de cumplir la obligación, será condenado con mayor rigor a la indemnización de perjuicios. En una sentencia de la Corte Suprema encontramos lo siguiente. Se celebró legalmente la promesa y se ha pagado el precio. Tiene derecho el comprador, de exigir el cumplimiento del contrato, a pesar de que el vendedor, dolosamente, ha vendido e inscrito la escritura de venta a un favor de un tercero. A pesar de que la sentencia puede resultar ineficaz, la Corte Suprema ordena cumplir la promesa de venta. Verificada la imposibilidad, tendría que condenarse al vendedor a la indemnización.

Para que se pueda exigir el cumplimiento de la promesa, debe, desde luego haberla cumplido el reclamante o estar dispuesto a cumplir de inmediato su propia obligación. Esto deriva del carácter sinalagmático de estos contratos.

5.6. Se complica este problema cuando existe plazo o condición, ya que una vez cumplido el plazo o verificada la condición, debe procederse al cumplimiento de la obligación, incurriendo en mora el deudor que no cumple dentro del plazo. La cuestión ha dado origen a numerosos juicios y la jurisprudencia ha aclarado algunos aspectos, como los siguientes: La promesa de compraventa reglada por el artículo 1570, es un contrato sinalagmático que, a la vez presupone la necesidad y simultánea intervención de las partes obligadas a la celebración de la escritura, tiene la característica especial de que los contratantes no pueden cumplir su deber aisladamente, sino en unidad de acto, y, en el caso, ante el Notario. Es por ello que la jurisprudencia se ha pronunciado porque el estado legal de mora no puede definirse por las formas de excepción que consultan los numerales primero y segundo del artículo 1567, sino por requerimiento o reconvención judicial de acuerdo con la regla general contenida en el número 3.

El promitente vendedor no podrá demandar al promitente comprador el cumplimiento de la promesa, antes de cumplir él su obligación y esto no es posible si pesa sobre el inmueble una hipoteca y el gravamen del patrimonio familiar que debían levantarse previamente. Por el contrario, el vendedor que ha cumplido por su parte lo que le correspondía, levantando el derecho de usufructo que pesaba sobre la finca, puede demandar al promi-

tente comprador constituido en mora de pagar el precio, para que cumpla o indemnice los perjuicios del incumplimiento.

Otra sentencia declara que la promesa de celebrar un contrato es obligación de hacer y, exigible en vía ejecutiva. El promitente vendedor condicionó la suscripción de la escritura de venta a la cancelación del gravamen hipotecario, hecho jurídico que se verificó, por lo que es aplicable el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil. El fallo de la Corte Superior rechazó la acción sosteniendo que el demandante debió constituir en mora al deudor, lo cual no es admisible atenta la naturaleza condicional de la prestación y la necesidad de aplicar las reglas que el Código Civil contiene sobre estas obligaciones.

5.7. La promesa a la que hasta aquí nos hemos referido es la compraventa, pero cabe también la **unilateral;** sólo de vender o sólo de comprar. Estos contratos son más raros. Sin embargo, se suelen practicar sobre todo en los casos de actividades comerciales permanentes, por ejemplo, un proveedor de cierto producto puede obligarse a vender periódicamente tal o cual cantidad a otra persona; viceversa un expendedor o comerciante puede comprometerse a comprar al producto cierta cosa o cantidad de cosas para venderlas en un mercado. A estas obligaciones unilaterales se aplican análogamente los principios anteriormente vistos, pero con mayor simplificación, dado el supuesto de que la otra parte no contrae obligación alguna. A veces se establecen cláusulas penales para facilitar la compensación de los perjuicios por incumplimiento.

El contrato de promesa se puede ceder, como apunta Planiol, salvo que se haya pactado lo contrario.

CAPÍTULO II
CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO PARA LA COMPRAVENTA

6. Principio de libertad contractual

6.1. La regla más amplia sobre la libertad civil se encuentra en el artículo 8 del Código Civil; se concreta respecto de la capacidad para contraer obligaciones en el artículo 1462: "Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces".

No era indispensable que se reiteraran estas normas a propósito de la compraventa, sin embargo, en el Título XXII del Libro IV, tenemos todo el parágrafo 1o., "De la capacidad para el contrato de venta", que se inicia con el artículo 1734, confirmando la regla de la capacidad general: "Son hábiles para el contrato de venta las personas que la ley no declara inhábiles para celebrarlo o para celebrar todo contrato".

Nótese que aquí el Código emplea la palabra "habilidad", y ésta se refiere a la capacidad aplicada a una concreta actividad: el contrato de venta. La habilidad, comprende la capacidad jurídica propiamente dicha, capacidad de goce y también la posibilidad real de manifestar el consentimiento. Se requieren la capacidad y el consentimiento legalmente manifestados, para conseguir los efectos normales del contrato, esto es habilidad.

6.2. El parágrafo al que me refiero señala en los siguientes artículos (1735 a 1739), varias excepciones a la capacidad para celebrar este contrato. Aunque se refiere directamente a la venta, debe entenderse en todo caso a la compraventa, ya que no hay venta sin comprador; ciertamente que la ley señala las incapacidades excepcionales con referencia al vendedor, a quien se quiere proteger especialmente, pero hay una serie de relaciones (como entre cónyuges o entre padres e hijos de familia), rigurosamente recíprocas y que implican igual incapacidad para vender como para comprar.

Se justifican las limitaciones de la capacidad por diversas consideraciones, que clasificamos en los siguientes aspectos: por interés del bien común (como la prohibición de venta libre de ciertas drogas, armas, ciertos alimentos o cosméticos, etc., cuyo libre expendio sería peligroso); para proteger a los incapaces, es decir, para evitar el eventual abuso de quienes les representan legalmente; para proteger a la parte que se considera económicamente más débil; para proteger la unidad, estabilidad y la paz de las familias; para robustecer la autoridad en el hogar; o en interés de terceros o de los negocios en general. Esta variedad de motivaciones, explica también la variedad de prohibiciones o límites de la capacidad; pero, en todo caso, lo que tiene carácter excepcional -la limitación-, debe interpretarse restrictivamente, para dejar a salvo el principio de libertad.

6.3. Las limitaciones, se dan en algunos casos de manera más radical, como prohibiciones **absolutas**, cuya trasgresión originaría nulidad también absoluta. En otros casos, se exige completar la incapacidad **relativa** (del pupilo, del hijo de familia, etc.) con el consentimiento de otras personas a cuyo cuidado se hallan o con la intervención del juez; se exige también en ciertos casos la intervención conjunta de varias personas (como los dos cónyuges para enajenar inmuebles de la sociedad conyugal, o los varios tutores del mismo pupilo); finalmente, otro expediente protector consiste en la obligación de realizar la venta a través de una **subasta pública**, con lo que entramos al campo de las solemnidades especiales, de las que se tratará más adelante.

No se han dado en este lugar del Código, normas directas sobre el efecto de la violación de las limitaciones excepcionales de la capacidad. Habrá que aplicar las reglas generales, que se pueden sintetizar en lo siguiente: si interviene una persona absolutamente incapaz, la nulidad será absoluta; si quien ha actuado ha sido un relativamente incapaz, la nulidad será también relativa y admite saneamiento por ratificación, o por prescripción o caducidad de la acción de nulidad. Cuando se ha prescindido de solemnidades ordenadas por la ley para la validez de ciertos actos, la nulidad será también absoluta, y este es el caso de la omisión de la subasta pública, cuando se orden por disposición de la ley. Quedan algunos casos que presentan cierta duda, como cuando se requiere el consentimiento de otra persona para vender algo propio: puede considerarse que se trata de un requisito **formal indispensable**, cuya omisión origina nulidad absoluta, o de una

simple protección especial al relativamente incapaz, que solamente producirá nulidad relativa, en caso de omitirse; estos puntos serán dilucidados en su respectivo lugar, más adelante.

6.4. Como se ha dicho, al tratar de la "inhabilidad", tenemos que referirnos a la capacidad y al **consentimiento**, que están estrechamente relacionados entre sí, y dan lugar a ciertas situaciones jurídicas especiales, como las ventas con autorización judicial, las hechas por orden de los jueces, las realizadas en subasta pública, las que se verifican en ausencia o sin la intervención el verdadero dueño (caso de las cosas perdidas, de los bienes de herederos presuntivos, de los bienes del ausente, o del remate de los bienes de quebrados o insolventes). También hay que considerar las ventas hechas por medio de representante legal o por medio de mandatario voluntario, o, finalmente, por un agente de negocios. Estas diversas figuras jurídicas serán analizadas a continuación; y también tendremos en cuenta el caso singular de la expropiación, que se asemeja notablemente a la compraventa, pero no coincide con ella.

6.5. La **libertad contractual** y más precisamente para realizar compraventas, se halla ampliamente garantizada a través de las diversas disposiciones del Código Civil que atañen a la representación legal y voluntaria, a las solemnidades de los actos y contratos, a los requisitos para la validez del consentimiento, pero también hay una protección **penal** de esta libertad.

El artículo 366 del Código Penal sanciona con penas de prisión de tres meses a dos años (y hasta cinco años para los jefes o promotores), a "los que por medio de tumultos o con violencias o amenazas, hubieren perturbado el orden público en los mercados, con el propósito de provocar el saqueo, o solamente con el de obligar a los vendedores a deshacerse de sus mercancías por un precio inferior al que resulta de la libre concurrencia.

La libertad de contratación, asegura también la libre fijación del precio, por acuerdo entre las partes, y por esto, el artículo 363 del Código Penal dispone: "Serán reprimidos con prisión de dos meses a dos años y multa de doscientos a ochocientos sucres: 1. Los que hicieren alzar o bajar el precio de las mercaderías, de los papeles, efectos o valores, por cualesquiera medios fraudulentos o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla, o no venderla, sino

a precio determinado". El Decreto Supremo 87, añadió un artículo después de éste, sancionando el alza de precios de objetos de primera necesidad, con prisión y decomiso[1].

7. Limitación de la libertad de compraventa entre cónyuges y entre padres e hijos

7.1. La prohibición del contrato de compraventa entre cónyuges figura en la mayor parte de los códigos civiles, sin embargo, se ha suprimido en otros, como sucede en Italia.

Manresa señala como causa justificativa de la prohibición de realizar compraventas entre los cónyuges, la necesidad de evitar negocios en perjuicio de terceros, otros autores se fundan en que los dos cónyuges forman una sola persona moral, de surte que no cabe que se obliguen por medio de contratos. Rezzonico añade que los contratos entre cónyuges originarían conflictos entre ellos y que la influencia desmedida de uno sobre el otro quitaría la conveniente libertad para contratar.

Todas estas motivaciones resultan bastante discutibles y relativas. Queriendo perjudicar a terceros los cónyuges encontrarán muchas maneras de obrar colusoriamente, y por el contrario, muchos contratos se realizarán sin ningún motivo doloso ni perjuicio para terceros.

7.2. Tradicionalmente se ha admitido dos **excepciones** a la prohibición de contratos entre cónyuges: el mandato y la compraventa realizada en subasta pública. Ambas excepciones figuraban expresamente en el artículo 218 de nuestro Código, pero la Ley 43 del año 1989, reformó de manera poco clara y acertada este artículo. Se suprimió la razonable excepción de la venta en subasta pública, que evidentemente aleja la posibilidad de perjuicios a terceros o de indebidas presiones, y, en cambio, la reforma añade que los cónyuges podrán celebrar "el contrato de capitulaciones matrimoniales"; este contrato, que anteriormente sólo se realizaba antes del matrimonio o en el momento de contraerlo, ahora se puede celebrar en cualquier momento, aún durante la vigencia de la sociedad conyugal; pues bien, más que un contrato específico, las capitulaciones matrimoniales son

[1] Decreto Supremo publicado en Registro Oficial 480 del 25 de enero de 1974.

un forma solemne de contratar entre los esposos o cónyuges, mediante la cual se establece cualquier clase de obligaciones, es decir, que con esta forma jurídica se logra los efectos de cualquier contrato; de tal suerte que en el artículo 218 ya no hay una verdadera prohibición y dos excepciones, sino que una de las excepciones desplaza y absorbe totalmente a la regla general; ya no está realmente prohibido en el Ecuador el contrato entre los cónyuges, podría realizarse, siempre que se revista de la forma de capitulaciones matrimoniales, que, además, es lícito celebrar en cualquier momento[2]. Persiste, sin embargo, la prohibición expresa de la "venta entre cónyuges", que contiene el artículo 1735. De este modo, con la reforma de 1989, por una parte se ha ampliado la posibilidad de contratos entre los cónyuges, y por otra, se ha restringido esa libertad en cuanto a la compraventa, ya que ni siquiera es posible ahora celebrarla en subasta pública, como se permitía antes de la referida reforma.

7.3. Para lo futuro (con relación a la fecha de la reforma de 1989), tiene importancia el debate sobre qué clase de nulidad se produce por la infracción de la prohibición. Aunque la Ley 43 no sea clara y tal vez, ni siquiera se percató el legislador, que estaba cambiando sustancialmente el sistema, por el hecho de no haberse reformado el artículo 1735, debemos concluir que la nulidad que se produce es la **absoluta**, por tratarse de una prohibición terminante y categórica, a la que se aplica lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil: "Los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor".

7.4. Un problema totalmente diferente del que se acaba de exponer, consiste en las ventas de bienes de uno de los cónyuges o de la sociedad conyugal, a favor de terceras personas; aquí no existe ninguna prohibición, sino la exigencia de ciertos requisitos formales, que se consideran más adelante, al hablar de las solemnidades. Baste anticipar aquí, que los bienes de cada cónyuge, solamente pueden ser vendidos por el respectivo titular de la propiedad, salvo que uno hubiere dado mandato al otro para venderlos; sin dicho mandato, la venta que uno haga de los bienes del otro, es simplemente venta de cosa ajena, y no surte otros efectos que los previstos en la ley para dicha venta de cosa ajena. En cambio, la venta de bienes de

[2] LARREA HOLGUIN, Juan, *La Mujer en el Derecho Civil Actual*, Guayaquil, 1999, p. 79.

la sociedad conyugal puede ser realizada por cualquiera de los cónyuges como administrador de la sociedad, salvo que se trate de inmuebles, automotores y acciones y participaciones mercantiles, que requieren la intervención de ambos cónyuges, directamente, o bien obrando uno de ellos con el mandato o consentimiento del otro (que puede ser reemplazado por autorización judicial).

7.5. Por parecidas razones, se prohíbe la compraventa entre padres e **hijos de familia**. El mismo artículo 1735 prohíbe la compraventa "entre padres e hijos, mientras éstos sean incapaces". La prohibición es absoluta, y su violación produciría nulidad igualmente absoluta. Nótese que con exactitud la ley dice "mientras sean incapaces", y no mientras sean "menores" o "hijos de familia", ya que, un menor puede estar emancipado, pero sigue siendo incapaz, y un hijo que ha cumplido ya los dieciocho años, es mayor edad, pero puede seguir siendo incapaz (por demencia u otras causas análogas) y mientras esté bajo la guarda de su padre o madre no puede celebrar estos contratos con quienes le representan legalmente. La imposibilidad legal se refiere tanto a la compra como a la venta, es decir, cualquiera que sea la posición jurídica de las dos partes. Y en ningún caso puede subsanarse este impedimento por la intervención o autorización judicial.

7.6. También respecto de los hijos de familia, se presenta una situación similar a la de los cónyuges con relación a la compraventa: los bienes de los menores, sujetos a patria potestad, no pueden ser libremente enajenados por el padre o madre que los representan: para disponer de los inmueble, requieren de **autorización judicial** con conocimiento de causa de necesidad o utilidad para el incapaz. Tampoco puede el mismo menor proceder a la libre venta de cualquiera clase de bienes, y solamente realiza actos válidos con la autorización del padre o madre (Art. 295), y tratándose de bienes raíces, que pertenezcan a su peculio profesional o industrial, para la venta necesita autorización del juez con conocimiento de causa (Art. 297).

8. Prohibiciones para los empleados y administradores públicos

8.1. Separadamente, se refieren los artículos 1736 y 1737 a las ventas y a las compras de bienes públicos. En el primero de los mencionados se indica a "los administradores de establecimientos públicos", y en el segundo, a los

"empleados", agregando después, los "jueces, abogados, procuradores o secretarios". Indudablemente hay que distinguir dos situaciones distintas: la de los funcionarios, empleados o administradores de bienes públicos, y la de ciertas personas que intervienen en los juicios (jueces, abogados, procuradores o secretarios).

Los que administran bienes públicos, solamente pueden venderlos, cumpliendo las prescripciones de **índole administrativo**, que pertenecen al Derecho Público, y constan en la Constitución y las leyes específicas de esta materia, principalmente las leyes orgánicas de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, del Régimen Provincial y Municipal, la Ley de Modernización del Estado, de Descentralización y desconcentración, de Administración Financiera y Control y las relativas a servicios públicos tales como los de las Fuerzas Armadas y Policía, telecomunicaciones, puertos, electricidad, o las de innumerables entidades públicas autónomas, como las universidades, institutos politécnicos y superiores, colegios y escuelas, etc. Las facultades de disposición de los bienes públicos por parte de los administradores se limita a lo que le conceden las respectivas leyes los actos o contratos que se realicen excediéndose de dichas atribuciones, son nulos.

El artículo 1736 dice: "Se prohíbe a los administradores de establecimientos vender parte alguna de los bienes que administran y cuya enajenación no está comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente". Cabe, por tanto, la venta en ejercicio de facultades ordinarias, concedidas por la ley, o el contrato extraordinario, autorizado por otro órgano o persona que tenga tales facultades y pueda legalizar la venta. El artículo se refiere a la facultad de "enajenar", ya que la venta tiene por objeto producir la enajenación, aunque sea cosa distinta.

8.2. No hay un expresa prohibición de comprar, sino la de **vender**, pero debemos entender que tampoco, un funcionario o empleado puede comprar para la entidad que representa, sino aquellas cosas y en la forma y con los requisitos de las leyes administrativas.

Lo que sí prohíbe el Código Civil, es que el representante legal de una entidad pública **compre para sí**, para su patrimonio personal, alguna cosa

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

de las que le corresponde administrar. No es una prohibición relativa a todo bien público, y que ello significaría dejar en una situación de inferioridad notable a los funcionarios públicos, sino de la prohibición de comprar los bienes **de la misma entidad** a la que pertenecen. El motivo es obvio: hay una contraposición de intereses entre el comprador y el vendedor, y se debe evitar que se perjudique el bien común o que se manche la honra de quien administra. La primera parte del artículo 1737 establece esta prohibición: "Al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio". Por tanto, también entran en lo vedado, aquellos bienes que pertenecen a particulares pero que los vende la administración pública como los decomisados, los objetos perdidos, etc.

8.3. La segunda parte del artículo 1737, e refiere a los que intervienen en los **juicios,** y aquí la prohibición está un tanto más limitada, porque se refiere específicamente a los bienes que hayan sido **objeto del litigio en el que intervienen**. No hay inconveniente, en que los jueces, secretarios o abogados y procuradores, compren bienes, incluso en el mismo juzgado en que intervienen, pero que se relacionen con un juicio distinto de aquel en el que tienen parte. La prohibición no admite excepción, ni en el caso de venta en subasta pública.

9. Prohibiciones a los guardadores y otras personas

9.1. La contraposición de intereses, que impide a los padres de hijos incapaces comprar o vender, se produce igualmente entre los **tutores o curadores** y sus pupilos. El Código, sin embargo trata esta cuestión separadamente y con algunas diferencias.

El artículo 1738 dice: "No es lícito a los tutores o curadores comprar parte alguna de los bienes de sus pupilos; sino con arreglo a lo prevenido en el Título de la administración de los tutores y curadores". Esta norma es pues, simplemente una remisión a otro lugar del Código, pero a estar rigurosamente a su texto, no implicaría nulidad de los actos contra la prohibición que contiene, ya que solamente lo califica de "ilícitos", y bien podrían ser válidos. Por otra parte, se refiere a toda clase de bienes, y en el Título XVIII del Libro I se distingue el caso de los bienes muebles y el de los inmuebles; según el artículo 435, si el pupilo fuere deudor de alguna espe-

cie, raíz o mueble, a cualquier título (podría ser por compraventa), será preciso que la posesión de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores generales, o por el juez, en su falta, allí se permite, por consiguiente una compraventa, cumpliendo un requisito especial.

9.2. El artículo 437 extiende la prohibición a todo acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, pero permite que se celebren con la intervención de los otros guardadores o del juez; de modo que la prohibición no es absoluta y más bien se establece un requisito especial para que se pueda verificar el acto o contrato. Además, este artículo incluye en la prescripción al cónyuge, a los ascendientes y descendientes y otros parientes del tutor o curador hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad y a los socios de comercio del mismo guardador: es pues un conjunto de personas muy amplio, mucho más extenso que lo previsto en el artículo 1738.

El segundo inciso del artículo 437 contiene la prohibición más severa: ni aún de este modo con el consentimiento de los otros guardadores (o del juez) podrá el tutor o curador comprar **bienes raíces del pupilo**, o tomarlos en **arriendo**; y se extiende esta prohibición a su cónyuge y a sus ascendientes o descendientes". De suerte que sí es posible que el guardador, su cónyuge o sus parientes compren bienes muebles del pupilo, puesto que la prohibición radical se refiere a los inmuebles.

9.3. La venta de los bienes de los pupilos a terceras personas, no incluidas en las prohibiciones que se acaban de exponer, es posible y muchas veces conveniente, pero se trata de actos de **administración extraordinaria**, siempre que comprendan inmuebles. El guardador requiere par enajenar o gravar los bienes raíces del pupilo, autorización judicial por causa de utilidad o necesidad manifiestas. Si los pupilos son relativamente incapaces, es posible que el guardador les autorice para estos actos que de todas formas deben realizarse en pública subasta y con autorización judicial, como prescriben los artículos 418 y 419. En cambio si se trata de pupilos absolutamente incapaces, como es el caso de los dementes puestos en interdicción, de ninguna manera pueden ser autorizados para vender y su actuación, aún en intervalos lúcidos, sería nula; así lo ha confirmado también la jurisprudencia.

Se sigue una dirección contraria, en cuanto a los bienes sujetos a **curaduría de bienes**: éstos pasados cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuyos bienes están sujetos a estas guardas, se pueden vender con autorización judicial; se procura liquidar tales patrimonios que no convendría que pertenecieran indefinidamente confiados a los guardadores; así se establece en el artículo 505.

Los bienes de personas en quiebra o insolvencia que hayan dado lugar al concurso de acreedores, deben igualmente ser vendidos, en pública subasta y con la intervención del juez y eventualmente de un curador, como veremos más adelante.

10. Compraventa en nombre de otro

10.1. Además de los casos de contratos realizados por los representantes legales (padre o madre que ejercen la patria potestad, administrador de la sociedad conyugal, guardadores, representantes de personas jurídicas), se compra o vende por medio de un mandatario o apoderado, o bien actúa un agente oficioso sin mandato y sujeto a ulterior ratificación por parte de aquél a cuyo nombre actúa. En estas y otras circunstancias similares, no hay una expresión directa, sino indirecta, del consentimiento, sea del vendedor o del comprador o de uno y otro. Se suman a los mandatarios y agentes oficiosos, los síndicos y los albaceas, quienes, en condiciones un tanto diferentes, obran también en nombre de otros.

Todas estas personas deben actuar en resguardo de los derechos e intereses de sus representados y, lógicamente, habrá **una contraposición de intereses** con los suyos propios, si es que pretenden adquirir algo de los bienes que les corresponde administrar; de aquí que el artículo 1739 prohíbe a los mandatarios, los síndicos de los concursos y los albaceas, la compra de "las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos". La prohibición, no se refiere a toda cosa de sus representados o del patrimonio que administran, sino a aquellas cosas que ellos mismos administran: "que pasan por sus manos".

10.2. El artículo 2048 dispone que "No podrá el **mandatario**, ni por sí ni por interpuesta persona, **comprar** las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni **vender** de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado

comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante". Las últimas palabras impiden que la prohibición sea demasiado absoluta, y dejan abierta la posibilidad del contrato de compraventa entre mandante y mandatario: esto debe verificarse con un expreso consentimiento del mandante, es decir, que lo que se prohíbe es que sin que él lo desee, y tal vez sin que ni siquiera lo conozca, el mandatario pueda realizar tales transacciones.

Al tratar del mandato, el Código señala las facultades "naturales" que confiere, y cuanto exceda de esas facultades, requiere de especial delegación o mandato expreso. Así el artículo 2036 indica que el mandato contiene naturalmente, es decir como cláusula normal, ordinaria, el poder de "comprar los materiales necesarios para el cultivo y beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos industriales que se hayan encomendado". Estas atribuciones no se amplían por analogía, y el artículo 2046 expresamente establece que el poder para vender comprende la facultad de recibir el precio; pero el siguiente artículo, declara que "la facultad de hipotecar no comprende la de vender, ni viceversa". Por consiguiente, el mandatario que no hubiere recibido especial encargo de vender algo suyo al mandante o de comprar al mandante algo en provecho personal, no puede hacerlo.

10.3. El **albacea** tiene el encargo de ejecutar la voluntad del causante de la sucesión, pero no es propiamente un representante, ni del *de cuius,* que ya no es persona viva, ni de lo herederos o menos aún del patrimonio considerado como persona -que no lo es-. La Ley, le autoriza, sin embargo, para que "con anuencia de los herederos presentes, proceda a la venta de los muebles, y subsidiariamente de los inmuebles, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados; y podrán los herederos oponerse a la venta, entregando al albacea el dinero que necesita para el efecto". Así lo dispone el artículo 1314.

10.4. Conforme dispone el artículo 1465: "cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho de representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él". Este es el caso del **agente oficioso.** Un interesante caso fue resuelto por la Corte Suprema: una persona vendió a favor de sus cinco hijos mayores de edad un inmueble, pero también se incluyó entre los compradores una hija menor de

edad en cuyo nombre actuó uno de los compradores, hermano suyo, declarando que adquiría la cuota para su hermana incapaz de intervenir por sí misma y sujetando el contrato a la ratificación de ella cuando fuera mayor; la sentencia reconoció que el contrato era válido por cuanto el padre no contrató con la hija ni la representó en la compraventa, sino que el hermano lo hizo en virtud de lo dispuesto en el artículo 1465, no hay relación jurídica alguna entre el padre vendedor y su hija menor, sino con lo hermanos mayores de edad. Parecida situación se dio en otra venta de inmueble, en que el comprador menor de edad fue representado por quien no tenía su representación legal: el beneficiario de la compra, al llegar a la mayoría de edad ratificó por escritura pública lo actuado por el agente oficioso; y la Corte Suprema reconoció la validez del contrato a partir de la primera escritura, en la que ya se expresa el consentimiento de las partes en cuanto a la cosa y el precio.

10.5. En ciertas circunstancias se requiere, además del consentimiento del vendedor y del comprador, la **intervención de una autoridad** o de otra persona; estos requisitos adicionales se fundan en principios de orden público, para la protección de los intereses generales de la sociedad, o en la tutela del derecho de terceros.

Así, los dueños de las riberas soportan una servidumbre legal a favor de los que utilicen el río o lago para la navegación o flote, y deben permitir que "vendan o compren los efectos que quieran"; pero "sin permiso de los respectivos ribereños y de la autoridad pública local, no podrán establecer ventas públicas" (Art. 876). Esta doble autorización, para ventas públicas, a diferencia del acto privado de vender que no requiere ninguna autorización, se explica por las molestias y limitaciones de la propiedad que traerían consigo tales ventas.

10.6. Cuando la propiedad está de algún modo fraccionada, como sucede en el usufructo, se requiere la **intervención conjunta** de ambos titulares: el artículo 791 establece que el propietario de una cosa dada en usufructo a otro, puede "de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas fungibles".

10.7. El consentimiento de uno redunda en el derecho de otro, también en ciertos casos de **subrogación.** Cuando se adquiere un bien, en sustitución

de otro, pude suceder que no adquiera el que interviene como comprador, sino una persona distinta, tal sucede cuando el administrador de la sociedad conyugal -marido o mujer- adquiere un bien que debe subrogar a otro de la sociedad o de otro cónyuge, como está previsto en el artículo 165.

10.8. Más adelante se hablará de ciertas cláusulas especiales de la compraventa, que modifican un tanto el esquema simple y clásico, pero conviene mencionar en este punto, la venta "por orden". Explica Planiol que, si el ordenado no hace uso de la facultad que se ha reservado, queda definitivamente como comprador de la cosa; y si llega a ceder su lugar a un tercero, después de expirado el término de la "orden", tal cesión tendrá el carácter de una nueva venta, sujeta a todas las reglas de una segunda transmisión de la propiedad. La venta con declaración de "por orden" se distingue así de la venta por medio de mandatario; si el mandatario no da a conocer quien es su mandante, la venta es nula, pero el mandatario no será adquirente personal y definitivo de la cosa. Por estas características, la venta con declaración de "por orden" se diferencia de la que se efectúa mediante una estipulación a favor de tercero, si el estipulante no trae la aceptación del beneficiario, en ningún supuesto es considerado como adquirente personal de la cosa.

10.9. La eficacia de todas estas ventas en las que interviene un tercero sin mandato o representación expresa del comprador depende de la **ratificación** por parte de tal beneficiario. La ratificación puede ser expresa -manifestando que hace suya la compra- o bien tácita, cuando efectúa actos propios de quien ha comprado, como pagar el precio o pedir y recibir la posesión de la cosa.

10.10. Se producen a veces **situaciones ambiguas** que originan pleitos, como el resuelto en una sentencia de la Corte Suprema: "Los actos de la demandante coetáneos y posteriores al contrato de compraventa, actos que se refieren al pago del precio del automóvil por ella adquirido, pago que se halla confirmado por los asientos contables de la firma vendedora, demuestran que el único contrato que corresponde a la realidad es aquel según el cual la actora compró el automóvil materia de la reivindicación; y no aquel otro contrato, exhibido por el demandado, según el cual él aparece como comprador del mismo vehículo, siendo así que la verdadera cali-

dad de este último era la de chofer al servicio de la demandante y de comisionista en el contrato de compraventa del automóvil".

10.11. Los efectos de una compra realizada conjuntamente por **varias personas** están muy claramente expresados en esta sentencia: "Cuando dos o más compran en común una cosa singular determinada, surge entre los compradores un indivisión que se rige por el pacto celebrado entre los adquirentes, y a falta de acuerdo, por las reglas relativas a la comunidad (Parágrafo 3, del Título XXIII del Libro IV del CC) y que termina por las causas determinadas en el artículo 2239 (actual Art. 2212) del Código Civil, entre otras, por la división del haber común que se sujeta a las reglas de la partición de herencia según el artículo 2240 (actual Art. 2213) del Código Civil, salvo que se hubiere convenido indivisión, y cuyo derecho a solicitarla es de orden público, absoluto, por el que el indivisario no tiene que explicar el motivo para solicitarla, irrenunciable e imprescriptible, pudiendo pedirse en cualquier momento". Se puede pactar la indivisión, pero no por más de cinco años. El hecho de haber comprado el inmueble para destinarlo al funcionamiento del terminal de la cooperativa de transporte, no constituye pacto de indivisión y el copartícipe está en el derecho de pedir la partición.

10.12. Hay algunas formas de ventas en las que se **finge o presume** el consentimiento del vendedor, porque es persona indeterminada, o desaparecida o carece de representante. Tal sucede con las cosas perdidas y consignadas a la custodia de las autoridades competentes y que, de conformidad al artículo 646, deben venderse en subasta pública si transcurrido un año no aparece el dueño. La mitad del precio, deducidas las expensas, se entregará al que encontró la cosa y la otra mitad se destina para una institución designada por la ley.

Cuando un persona ha **desaparecido**, ignorándose si vive o ha muerto, se sigue el procedimiento para la declaración de muerte presunta, y mientras están los bienes en poder de poseedores provisionales, éstos tienen la facultad de vender una parte o todos los muebles, si el juez creyere conveniente, oído el Ministerio Público. Los inmuebles solamente pueden enajenarse después de concedida la posesión definitiva de los bienes y por causa necesaria o de utilidad evidente declarada por el juez, como ordena el artículo 74 del Código Civil. En ambos casos la venta se hace en subasta

pública, y no interviene el dueño, pero produce los mismos efectos que si él hubiera dado su consentimiento.

11. Compraventa entre personas no presentes

11.1. Normalmente el acuerdo de voluntades entre vendedor y comprador se efectúa estando ambos presentes en el mismo lugar, o haciéndose presentes, uno u otro o ambos, por medio de un representante legal o voluntario o por otra persona, que sin ser mandatario, puede contratar para un tercero. Pero también sucede, que las partes se comuniquen y lleguen a un acuerdo a expresar sus consentimientos, a distancia, mediante medios de transmisión de su pensamiento y voluntad: se por carta, telegrama, fax, u otros procedimientos electrónicos o mecánicos (máquinas de venta automática). Estos variados inventos dan lugar a interesantes cuestiones jurídicas sobre la compraventa, principalmente en cuanto a la determinación del momento en que se perfecciona el contrato y surgen las respectivas obligaciones.

A pesar de ser un asunto de mucha trascendencia y de frecuente aplicación práctica, no suele existir una legislación precisa sobre él, en los diversos códigos civiles, incluido el nuestro. Hay que remitirse a los principios generales, la doctrina y la jurisprudencia.

11.2. En el Ecuador, tratándose de **inmuebles**, no hay problema, porque la compraventa necesariamente se debe hacer por escritura pública y esto requiere la comparecencia de las partes por sí mismas o por medio de quien les represente: hay unidad de acto en el mismo lugar; y no queda duda del momento en que surge el contrato, cuya fecha será el de la escritura, ya que los instrumentos públicos hacen fe en este aspecto, como lo declara el artículo 1717.

Pero las compraventas de bienes **muebles** pueden realizarse por escritura privada y aún verbalmente, utilizando el teléfono, el telégrafo, el fax, el correo electrónico u otros medios semejantes, estando el vendedor en un lugar y el comprador en otro, tal vez distante. La comunicación de la oferta y la aceptación de ella, forman el contrato, pero el tiempo que pasa entre la expedición de la oferta y su llegada a conocimiento de la otra parte, así como la aceptación y la comunicación de ella al oferente, significan un

lapso que puede ser incluso de largo tiempo: días, semanas o meses, durante los cuales pueden cambiar las condiciones de la cosa vendida, su misma existencia, su precio, etc.

11.3. Además, los instrumentos privados no constituyen prueba plena, salvo que sean reconocidos judicialmente, o que se extiendan en presencia y con la firma de dos testigos. Si reúnen los requisitos para probar, o no es impugnada su autenticidad por el deudor, estos documentos servirán para saber la fecha en que se suscribieron, pero queda de todas formas la cuestión de saber en qué momento se perfeccionó la compraventa, que, siendo contrato bilateral, requiere el consentimiento del vendedor y del comprador.

11.4. Mientras no esté perfeccionado el contrato, será válido y lícito que una de las partes, o ambas, retire su consentimiento, y no se llegará a concluir una compraventa. Para resolver esta cuestión se han formulado varias teorías, que Borda las resume así:

1. Teoría de la **declaración**, según la cual el contrato se perfeccionaría en el momento en que una parte acepta la oferta de la otra; por ejemplo, alguien ofrece vender una maquinaria en determinado precio, y otra acepta y se obliga pagar ese precio, en tal momento se forma el contrato, en el instante en que el comprador declara aceptar la oferta del vendedor; o, viceversa, si el oferente es el comprador y el vendedor declara que acepta el precio que le ofrece el otro;
2. Teoría de la **expedición**: el contrato se perfecciona cuando el aceptante remite su respuesta. No basta que consienta, que acepte, sino que envíe la comunicación de su consentimiento. Este planteamiento parece el más equitativo y práctico, ya que asegura la suficiente información de ambas parte, y mientras no ha llegado la primera oferta, el que la envía puede retractarse, del mismo modo quien la recibe tiene libertad de aceptarla o no;
3. Teoría de la **recepción**: el contrato se perfección cuando el oferente recibe la respuesta de aceptación de la otra parte;
4. Teoría de la **cognición**: cuando el aceptante sabe que su aceptación ha llegado al oferente. Ésta resulta la más exigente de todas y da una cierta preferencia al aceptante.

A veces se dan otros nombres a estas teorías, o presentan alguna pequeña variante.

11.5. La oferta, en ciertas circunstancias, se suele hacer **abierta al público**, incluso de modo implícito, exhibiendo la cosa que se vende en un escaparate, o dando aviso por cartas circulares o más genéricamente, promocionando la venta por la prensa, la radio o televisión: esta oferta general, la *"policitatio"* romana, se convierte en compraventa desde el momento en que una o más personas la aceptan; hasta ese momento, el oferente puede retractarse, no después, porque ya existe acuerdo de voluntades que le vincula y la responsabiliza de cualquier perjuicio que se siguiere del incumplimiento de lo ofrecido.

12. Consentimiento verdadero y sin vicios

12.1. Como todo acto o contrato, la compraventa, requiere que las partes realmente hayan consentido: si no ha existido consentimiento, no hay contrato -puede haber una apariencia de tal-, y si el consentimiento existió pero adoleció de un vicio -error, fuerza o dolo-, la compraventa será nula. No es oportuno repetir aquí la teoría general de la validez de los negocios jurídicos, pero sí hay que tener en cuenta algunas particularidades del consentimiento en este específico contrato.

12.2. La compraventa es un contrato consensual, y por consiguiente, se forma por la simple expresión del consentimiento del vendedor y del comprador, que coincidan sobre una determinada cosa y su precio. Pero la ley ha querido dar mayor solemnidad a la compraventa de inmuebles y exige el requisito formal de la escritura pública, como se dispone en el artículo 1740.

Si se trata de otros bienes, es decir, de muebles, las mismas partes, si lo desean, pueden comprometerse a revestir su consentimiento con la solemnidad de escritura privada o pública, y entonces, el consentimiento inicial no basta para formar el contrato, sino que precisamente se ha de expresar en la forma convenida. Esto equivale a un contrato preparatorio o a la intención de celebrar una compraventa. La consecuencia de este pacto, como lo declara el artículo 1741, consiste en que antes de cumplir el requisito voluntario de poner por escrito o de celebrar escritura pública,

cualquiera de las partes puede retractarse, salvo que se haya comenzado a realizar la entrega de la cosa. Por consiguiente, en el supuesto previsto en el artículo 1741, el consentimiento se perfecciona cuando se cumple la formalidad libremente pactada por las partes, o cuando las mismas partes han comenzado a cumplir el contrato mediante la entrega de la cosa vendida.

Este último punto presenta alguna dificultad: ¿Qué se ha de entender como "principio de la entrega de la cosa vendida"? La doctrina ha llegado a muchas sutilezas al respecto, distinguiendo actos preparatorios y actos de verdadera ejecución del contrato; entrega material o simbólica de la cosa; entrega parcial y total de cosas que consisten en pluralidad de objetos (por ejemplo mercancías a granel, determinada cantidad de trigo, de madera, de petróleo, etc., que puede haberse entregado sólo en parte). Pero todas estas diversas circunstancias deben ser apreciadas con sentido común y procurando llegar a la verdadera voluntad de las partes, que es la que hace el contrato. Si el asunto no se resuelve de mutuo acuerdo y es llevado ante los jueces, éstos tendrán que resolver equitativamente, procurando acercarse lo más posible a lo verdaderamente querido por las partes. Puede iluminar la cuestión, la consideración de las costumbres -si las hay-, sobre la compraventa de tal o cual género de objetos.

12.3. Desde luego, no hay contrato si uno pretende vender y otro arrendar, como observa Rezzonico.

Surge también una dificultad de interpretación, cuando las partes no han precisado desde el primer momento la cosa y el precio, o bien lo han realizado de manera defectuosa, incompleta o sujeta a ulteriores precisiones. Aquí también se deberá interpretar la voluntad de las partes, según parezca lo más razonable y lo que habitualmente se estile.

En cambio, la divergencia se produce a veces sobre **otros elementos**, que podemos calificar como de detalles, tales como modalidades de la entrega, el lugar y plazo para el pago. Sin embargo estas circunstancias, si presentan notable diferencia o afectan de modo fundamental a los intereses de uno u otro contratantes, pueden originar la nulidad, como opinan Baudry Lacantinerie, Borda y otros, ya que se impediría la posible ejecución del contrato. Planiol y Ripert consideran que no siempre habrá nulidad y que el juez ha

de apreciar si las partes tuvieron esos elementos como cuestión esencial o no los consideraron así; esta sentencia parece la más equitativa y la que más se acomoda al espíritu y la letra de nuestras leyes.

12.4. La **obligación de celebrar** un contrato de compraventa se transforma a veces en un contrato de promesa de venta o de ventas sucesivas, incluso con carácter permanente, tal es el contrato de **suministro**. Un productor de una mercancía, sea agrícola o industrial o proveedor que a su vez adquiere tales objetos, se compromete a venderlos periódicamente a distribuidores o vendedores menores, a almacenes o expendedores al menudo. Tal es lo prescrito en el artículo contratos se suelen hacer por escrito y posteriormente se concretan mediante facturas y recibos, que también son documentos escritos en los cuales consta la voluntad de obligarse o el cumplimiento de la obligación. El contrato de suministro, presenta ciertas peculiaridades que serán estudiadas más adelante. Aquí simplemente se menciona por la relación que tiene con el artículo 1741: estipulación de venta de muebles, mediante un futuro contrato por escrito. Ya este propósito, conviene recordar que el contrato de suministro, si es a favor de las Fuerzas Armadas, está protegido incluso penalmente: los proveedores que hubieren faltado voluntaria y dolosamente, al servicio al que están obligados son sancionados con penas hasta de seis años de reclusión (Art. 300 del Código Penal) y si la cesación del suministro se debió a negligencia, se reprime con prisión hasta de dos años y multa (Art. 302 del mismo Código).

12.5. Como es evidente, para que una compraventa sea **nula por vicios del consentimiento**, se requiere probar debidamente la existencia de error, fuerza o dolo, que hayan influido de manera determinante en la celebración del contrato. Errores en cuestiones mínimas, de poca importancia no anulan la venta; lo mismo, cierta influencia anómala que infunda temor o lleve al engaño, pero que no signifiquen en quien la sufre una verdadera pérdida de su libertad de contratar, no afectan a la validez del consentimiento. La prueba de la existencia de estos vicios y de su real influjo y gravedad, suele ser difícil, y la jurisprudencia demuestra que se intentan bastantes juicios por esta razón, pero son pocos los que alcanzan una sentencia favorable al demandante de nulidad.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

12.6. Cuando se trata de la venta de bienes de incapaces, el consentimiento lo da el representante legal, quien suple al representado: se presume de derecho que el consentimiento del representante expresa el que podría tener el representado, si fuera capaz. Por esto, los vicios del consentimiento en tales casos, se **aplican al representante**: si él sufre error, fuerza o dolo, se produce la nulidad del contrato.

En la representación voluntaria el asunto se complica, porque el mandato debe haber sido dado con pleno y válido consentimiento y el mandatario debe actuar así mismo con conocimiento y libertad, para no incurrir en vicios que anularían la compraventa. Si conferido el mandato legalmente, con posterioridad el mandante se incapacita, todavía podrá actuar el mandatario válidamente, hasta que termine el mandato, sea por la interdicción del mandante o por otra causa, según el artículo 2067 del Código Civil.

12.7. Realizado el contrato, sea directamente o por medio de representante legal o voluntario, la **entrega** de la cosa vendida se realiza directamente o por medio del representante. El artículo 687 indica que la tradición se realiza en esta forma: directamente o por medio de mandatarios o representantes legales. Dicha representación adquiere modalidades especiales en ciertos casos en que interviene un juez, y están previstos en el mismo artículo: "En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial, a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal".

12.8. Los acreedores, efectivamente, pueden pedir la **venta judicial** de los bienes del deudor, hasta el valor de sus créditos, como se dispone en el artículo 2371. En casos más específicos, como en el del acreedor prendario, se reitera esta disposición, y se precisa que la venta judicial forzada, se realiza mediante pública subasta (Art. 2229 del Código Civil).

En el caso de **cesión de bienes**, una vez efectuada, el propietario de las cosas ya no puede disponer de ellas y sus acreedores tienen la facultad de pedir la venta judicial; pero el que hizo la cesión puede arrepentirse antes de la venta y recobrar la cosa que exista, siempre que pague a los acreedores, como dispone el artículo 1636. Por tanto, si la cosa ha perecido, evidentemente no puede exigir la devolución, pero tampoco podrá hacerse la venta.

Otra hipótesis prevista por el Código, de venta **forzada**, es la contenida en el artículo 650, que prevé la dificultad de conservar las cosas perdidas y halladas, o que su conservación resulte dispendiosa o que la cosa fuere corruptible; entonces se ha de proceder a la venta en subasta pública, y el juez actúa en representación del propietario desconocido.

La hipoteca da origen a la acción hipotecaria para el remate de la propiedad sobre la que recae el gravamen. Esta **subasta pública** asegura eficazmente los derechos de los acreedores, quienes, conforme al artículo 2330, tienen derecho de perseguir la finca hipotecada "sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido". Pero, si se ha transferido el dominio de la finca hipotecada por venta en subasta pública, ordenada por el juez, ya no pueden los acreedores hacer valer su derecho sobre la cosa sino sobre el dinero pagado por ella. Para que se produzca este efecto legal de la subasta pública, se requiere que se haya notificado personalmente al acreedor hipotecario, de suerte que pueda intervenir si le conviene, en la venta judicial. El que compra en subasta pública, debe cerciorarse de que se haya verificado la notificación del remate al acreedor hipotecario, pues solamente así queda garantizado de que no será despojado de la finca.

Las leyes especiales prevén otros casos de venta forzada, como el de remate de prenda industrial, según el artículo 573 del Código de Comercio.

12.9. El remate judicial o en pública subasta se origina también en la libre voluntad del propietario o de los propietarios. El **remate voluntario**, escogido como forma de realizar la venta, es perfectamente lícito y válido; en él se expresa más directamente la voluntad del vendedor, que en las ventas forzadas, pero se sigue un procedimiento análogo: avalúo, fijación de fecha, realización de la subasta, calificación de las posturas, adjudicación y, si se trata de inmuebles, inscripción en el Registro del Auto de adjudicación. También en estos remates voluntarios interviene el juez en representación del propietario, pero la voluntad del vendedor es más evidente que en las ventas forzadas.

El que se cree dueño de una cosa que se va a rematar puede oponerse a la venta, a pesar de que el artículo 573 del Código de Comercio en el inciso 12 dice: "no se admitirá oposición alguna a la venta de la prenda cuyo

plazo haya vencido". Debe entenderse que la oposición prohibida es la del deudor prendario, sin obstar a que el tercero, dueño, tenga derecho de oponerse y defender así su propiedad; un Decreto Ley del 22 de octubre de 1909 lo reconoció así, y lo ha confirmado la jurisprudencia.

Una circunstancia más específica de venta forzada se produce, según lo previsto en el artículo 904 del Código Civil, **en la servidumbre de acueducto**, por la cual el dueño del predio sirviente tiene derecho a que se le pague el precio más un diez por ciento, de todo el terreno que fuere ocupado por el acueducto; el de un espacio a cada costado, que no bajará de un metro de anchura en toda la extensión del curso, y que podrá ser mayor por convenio entre las partes, o por disposición del juez, cuando las circunstancias lo exigieren. Aquí hallamos también una combinación entre la voluntad privada y la imposición de la ley, que confiere al juez una facultad de reemplazar o modificar el consentimiento del vendedor.

12.10. En las **particiones de bienes** comunes, sean o no hereditarios, se prevé como uno de los procedimientos para distribuirlos entre los copartícipes, el remate o licitación. Esta venta puede ser pedida por cualquiera de los comuneros y la subasta puede ser solamente interna, es decir, entre los partícipes o bien, abierta a personas extrañas. (Art. 1353 del Código Civil). Si se adjudica a uno de los condóminos no hay compraventa sino acto de partición, aunque el que reciba la cosa deba pagar algún saldo por superar el precio de la cos al monto de su parte en la indivisión. El heredero que es preferido en la subasta y al que se le asigna la cosa, no adquiere de sus coherederos, sino que sucede al causante directamente. En cambio, si en la subasta se adjudica la cosa un extraño, éste realmente compra al conjunto de los herederos o condóminos.

12.11. En estos diversos supuestos de ventas **forzadas**, algunos autores consideran que no hay venta. Otros opinan que sí hay consentimiento, aunque no sea actual, libre y espontáneo; hay un consentimiento implícito antecedente, al contratar cualquier obligación, y si se llega al embargo y remate, se está ejecutando la razonable sumisión a la ley, como explica Rezzonico. Los términos precisos empleados por nuestro legislador, en varios artículos que acabamos de citar, llevan a la conclusión que en nuestro sistema jurídico las indicadas ventas forzadas, en las que el juez inter-

viene, son verdaderos contratos de compraventa y el magistrado asume una especial representación del vendedor.

Cuando las ventas son propiamente forzadas, es decir, realizadas por el juez, normalmente en un juicio ejecutivo, el pago de la cosa se hace al mismo juez, se de contado o a plazos; es un pago válido porque él está autorizado para recibir la consignación del precio y así lo ha reconocido la jurisprudencia.

Se concibe una especie de venta forzada proveniente de disposición contractual o testamentaria: el testador o el donante, pueden imponer a los herederos, legatarios o donatarios, la obligación de vender una cosa determinada a cierta persona, y en estos casos, se impone una voluntad ajena (la del causante o donante), pero quienes ejecutan esa voluntad han dado su consentimiento, pues han aceptado la herencia o la donación: estaba en su libre albedrío el aceptar o repudiar; y que aceptaron, están dando su consentimiento para la venta y esta no es propiamente forzada sino voluntaria.

13. La expropiación

13.1. En el campo del derecho público hay varias figuras jurídicas parecidas a la compraventa, y a las que, en parte, se aplican las normas del contrato civil de que venimos hablando. La confiscación, la incautación, el decomiso, la requisición y, la más conocida y frecuente: la expropiación. Todas ellas implican el ejercicio del **poder soberano** del Estado, de uno de sus órganos o entidades oficiales, que se apropian de una cosa que se considera necesaria o conveniente para el cumplimiento de los fines del Estado, para el servicio del bien común, mediante el pago de una indemnización.

La **indemnización** cubre el valor de la cosa expropiada y otros perjuicios que se producen al pasar la propiedad de una persona a la entidad pública expropiadora, por esto, se suele ver como si fuera un precio y como si existiera un contrato de compraventa. El monto de la indemnización se ajusta, a veces, por convenio, entre el Estado (o la entidad que le representa) y el particular que sufre la expropiación. Si ese acuerdo no se produce, el expropiado tiene derecho de que se fije el "precio" (en realidad es un

indemnización), en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, en la Sección 19 del Título II del Libro II (Arts. 781 a 806).

13.2. La **declaración de utilidad pública** solamente puede ser hecha por el Estado y las instituciones del sector público. Una vez realizado el acto administrativo irreformable o de más alto nivel, la persona expropiada solamente puede discutir el monto de la indemnización que tiene derecho de recibir. El artículo 790 del Código de Procedimiento Civil señala los criterios para "fijar el precio que debe pagarse por concepto de indemnización". Habría sido más exacto decir "el monto de la indemnización que debe pagarse", entendido que esa cantidad abarca el valor de la cosa y los perjuicios que sufre el que es despojado de ella. No es propiamente un precio, ya que no se da el acuerdo de voluntades, la libre contratación propia del contrato de compraventa, sino el ejercicio de la potestad soberana del Estado, y la compensación que paga, no como "precio", sino por el valor de la cosa y los perjuicios producidos al expropiar.

Planiol y Ripert consideran que no hay compraventa en las llamadas "ventas forzadas", que compren de tanto los remates como la expropiación. Pero en nuestro sistema jurídico, las ventas forzadas judiciales -subasta o embargo- constituyen verdaderas ventas, mientras que la expropiación (y otras figuras análogas como el decomiso, la requisición etc.) no son formas de compraventa.

13.3. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha confirmado el criterio de que la expropiación no es una compraventa. Señalo a continuación dos resoluciones, una de la Corte Suprema y otra del Tribunal Fiscal.

El impuesto municipal a la utilidad en la enajenación de inmuebles se aplica sólo en caso de compraventa de predios urbanos. "Ahora bien -dice el Tribunal-, no obstante que mediante la compraventa se transfiere el dominio de bienes a título oneroso, sin embargo, son instituciones y figuras jurídicas diferentes, con condiciones peculiares y algunas de ellas excluyentes. La compraventa es un contrato o convención de voluntades, en que es indispensable el consentimiento de las partes y el acuerdo en la cosa y el precio (Art. 1740), en tanto que la expropiación es el resultado de la aplicación de la potestad del Estado, que limita la libertad de disposición y el derecho subjetivo a la conservación del patrimonio, en aras del beneficio

público o social. En consecuencia, en la expropiación existe una voluntad unilateral, la del Estado, de extraer del patrimonio de una persona, bienes que requiere para el cumplimiento de sus fines. Por otra parte, la contraprestación de la entidad pública, es el pago de la indemnización que de acuerdo al principio de la "reparación integral" es en la doctrina y en algunas legislaciones el "monto de la indemnización que comprende el precio de la cosa, que sólo es parte de la indemnización, como se desprende de lo examinado por Rafael Bielsa. Tal indemnización, que excede del campo administrativo y se fija dentro del procedimiento judicial, en el derecho ecuatoriano, el trámite de expropiación, sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por la cosa expropiada. De lo anterior se desprende que siendo dos institutos distintos la compraventa y la expropiación, y no habiéndose gravado el impuesto por la Ley de Régimen Municipal a las utilidades obtenidas por expropiación, no procede la aplicación del impuesto las utilidades por compraventa de predios urbanos".

La Corte Suprema, a su vez, ha sentenciado: "La expropiación es una institución de derecho público, distinta y diversa de la compraventa de derecho privado. Por lo mismo, no es científicamente aceptable aplicar libremente o intercambiar arbitrariamente los regímenes legales que regulan al instituto de la expropiación y al instituto de la compraventa. La compraventa es un negocio jurídico bilateral, mientras que la expropiación pública es un acto unilateral de poder, *iure imperii,* por el cual el Estado, o las entidades del sector público, actuando como poder público, adquiere el dominio de la cosa expropiada sin necesidad del consentimiento del propietario".

CAPÍTULO III
FORMA Y REQUISITOS

14. Forma esencial

14.1. La compraventa es un contrato **consensual**, por lo tanto, la forma esencial de este contrato consiste en la manifestación del consentimiento de ambas partes, que concuerdan en la cosa y el precio.

No exige el derecho ninguna solemnidad especial para esta manifestación, pero es evidente que debe expresarse de una manera inteligible e incluso, de modo inequívoco. No hay contrato si se mantiene el consentimiento de una o de ambas partes en el interior de ellas, como un pensamiento, un deseo o la voluntad de comprar o vender, pero sin trascender al exterior de alguna manera.

La expresión puede ser **expresa o tácita**, con palabras pronunciadas o escritas, y aún por meros signos o gestos. Ahora se ofrecen en venta algunos artículos en escaparates, máquinas automáticas, u otras formas semejantes, y el comprador, por el hecho de tomar los objetos o de depositar su precio en alcancías, las mismas máquinas, o pagándolo a cajeros, etc., puede realizarse la compraventa, sin decir una palabra. Pero en todos estos casos, existe la forma esencial del contrato: una manifestación inequívoca de la voluntad de vender y de comprar, un acuerdo sobre las cosas que se dan y el precio que se recibe.

14.2. Cuando el contrato ha de contener **cláusulas especiales** que modifican o hacen más compleja la relación jurídica, normalmente se acude a la forma escrita, en la que con mayor precisión, claridad y seguridad constan esas disposiciones peculiares.

Las partes pueden convenir previamente, de palabra, los términos del contrato, y luego los reducen a una redacción escrita. Pueden también, una vez que están conformes en las cláusulas contractuales, comprometerse a ponerlas por escrito, e incluso, obligándose a hacerlo por medio de escritura pública. En estas circunstancias se produce más bien un **contrato preparatorio** u obligación de contratar, y la compraventa propiamente surge el momento en que se cumple con la especial solemnidad que las partes, voluntariamente, han resuelto emplear.

Es frecuente que las partes resuelvan poner por escrito las cláusulas contractuales y lo hagan con la presencia y firma de **dos testigos**; entonces el documento privado adquiere el valor de prueba plena y se equipara a una escritura pública. Tampoco es raro que se suscriba un documento privado y que se proceda al **reconocimiento judicial** de las firmas, con lo que se consigue el mismo objetivo de constituir anticipadamente una prueba plena del contrato. Una tercera forma de obtener una prueba plena, consiste en **protocolizar** el contrato privado en un notaría, con intervención de ambas partes, ya que si solamente lo presentara para la protocolización una de las partes, sin intervención o autorización de la otra, no se alcanzaría a dar el valor de prueba plena.

Las partes, tienen, pues, la libertad de dar una especial solemnidad al contrato, pero no por ello deja de ser un contrato consensual, que se forma por la voluntad de las partes. Las formas contractualmente escogidas por los contratantes, se dirigen más bien a dar seguridad para la **prueba**, a dejar establecidas con precisión ciertas modalidades del contrato, y evitar así futuros conflictos. Si se dan plazos, sea para la entrega de las cosas o para el pago del precio, ese tiempo ha de quedar debidamente precisado cuando comienza a correr y cundo se vence; si hay alguna condición en cuanto al momento y lugar de la entrega o del pago, igualmente, conviene que tales estipulaciones consten claramente, y la mejor manera de conseguirlo es mediante un escrito; mejor si ese escrito adquiere valor de prueba plena.

14.3. A veces se establece la obligación de **entregar** la cosa en determinadas circunstancias, de lugar, tiempo o estado o condición; no por esto se convierte el contrato consensual en un contrato real, y que las obligaciones surgen por el consentimiento y no por el cumplimiento de aquello a que

las obligaciones surgen por el consentimiento y no por el cumplimiento de aquello a que se han obligado las partes. Lo mismo se puede decir respecto del precio: no el **pago del precio** el que perfecciona el contrato, sino el acuerdo de las partes en cuanto a dicho pago, y cuando se efectúa el pago, se está cumpliendo el contrato, que anteriormente ya existió y fue perfeccionado por el mero consentimiento.

Todo lo dicho tiene importancia práctica, no sólo teórica, porque redunda en las obligaciones de las partes, en la responsabilidad en cuanto a la conservación de la cosa, en las acciones que se pueden intentar para el cumplimiento del contrato y en los derechos de terceros respecto a la cosa vendida.

14.4. No se olvide que para los efectos probatorios, nuestro sistema exige al menos un principio de prueba por escrito, cuando se trata de obligaciones que pasan de una determinada cuantía: ahora (anteriormente) de veinte mil sucres, pero que, tendrá que modificarse dada la desvalorización de la moneda. No se pide escritura pública, ni siquiera una escritura privada, sino **"un principio de prueba por escrito"**, y ésta puede ser una factura, un recibo, u otra constancia que propiamente no contiene el contrato, la voluntad expresa de las partes, sino que hace constar de alguna manera que esa convención existió.

15. Escritura pública e inscripción

15.1. Las reglas generales que se acaban de exponer y que no hacen otra cosa que reflejar el carácter meramente consensual de la compraventa, admiten algunas excepciones.

En primer lugar el mismo artículo 1740 señala la más importante y frecuente excepción: la relativa a la compraventa de los **inmuebles, las servidumbres y la sucesión hereditaria**. Para éstas se requiere que consten en escritura pública o, en los casos de subasta, de auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito.

Nótese que lo que exige la ley, para la compraventa de bienes raíces, servidumbres o derecho de herencia es la **escritura pública**, sin la cual no existiría contrato válido; no se pide que la escritura pública sea inscrita. La

inscripción en el Registro de la Propiedad es el requisito **para transferir** la propiedad inmueble (o las servidumbres o los derechos de herencia vendidos), por tanto, la inscripción es ya **ejecución del contrato**, no es parte de la celebración, no es solemnidad exigida para la validez y para que nazcan las obligaciones. Con la inscripción se verifica la **tradición**, modo de transferir el dominio, con el cual el vendedor cumple su obligación: él está obligado a inscribir, porque está obligado ya a entregar la cosa, por el contrato que, al haberse hecho por escritura pública le impone esta obligación. Incluso si en la escritura pública se autoriza al comprador para que haga inscribir el contrato, no por esto deja el vendedor de estar obligado a cumplir su deber de transferir la propiedad y no puede poner obstáculos o hacerse culpable de que la inscripción no se realice; así lo ha reconocido la jurisprudencia.

15.2. La disposición del artículo 1740 que exige escritura pública para la compraventa de bienes raíces, de servidumbres prediales y del derecho de herencia, tiene evidente utilidad, ya que se trata de importantes asuntos, sobre los cuales se ha de evitar, en lo posible, que surjan dudas, inseguridad. Se confirma esta opinión, cuando se compara con los sistemas de otros países, que no requieren de escritura pública para las indicadas cuestiones.

Estas graves dificultades resultan casi imposibles que se presenten con el sistema de escritura pública, y su inscripción. Aún en el caso de destrucción de un archivo, queda siempre la posibilidad de probar la existencia de la escritura, por las copias autorizadas y aún por la constancia de su inscripción. Hay que advertir que todas las copias autorizadas tienen igual valor probatorio, contrariamente a lo que se suele pensar, considerando equivocadamente que la primera copia tiene algún especial valor. Distinto es el caso de la compulsa, o copia de la copia, que no presenta la misma fuerza probatoria.

15.3. Se debe realizar la compraventa por medio de escritura pública, de toda propiedad raíz, bien se trate de la propiedad plena o de la nuda propiedad. Si se ha desmembrado por el establecimiento de un usufructo, no por eso la propiedad deja de serlo, y la transferencia del dominio de la nuda propiedad exige la celebración de escritura pública, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia.

15.4. Desde luego la regla se aplica a las **cosas que realmente son inmuebles**, y hay que considerar las diversas normas del Código respecto de los inmuebles por adhesión (como las losas de un pavimento) y los muebles por destinación. Varias sentencias de la Corte Suprema han aclarado que no hay nulidad en la venta por contrato privado (verbal o escrito) de sementeras, árboles o bosques, que están destinados a cosecharse, cortarse o explotarse, separándolos del suelo y dejando de ser parte del inmueble. En tales casos no se requiere de escritura pública.

Una sentencia muy antigua se refiere a un documento privado por el que el colonizador de una isla perteneciente al patrimonio territorial, vende animales destinados a la cría que posee en dicha isla; y reconoce que el contrato es válido, pues la venta de cosas muebles se reputa perfecta desde que las partes convienen en la cosa y el precio. Los animales no se consideran inmuebles, porque se constituyen derechos a favor de otra persona, además el dueño de la isla no es quien los ha destinado al cultivo de ella; en consecuencia, no se requiere de escritura pública.

También se ha resuelto que la venta de una concesión minera se refiere a un derecho personal y no a un derecho real, a pesar de que la Ley de Minería lo llame "usufructo". Esto trae también una consecuencia de índole tributario, con relación al impuesto de alcabala.

El agua que corre por una acequia, para el uso y cultivo del predio, es un bien raíz que forma parte del predio, y que no es posible poner las aguas entre los objetos determinados en el artículo 589 del Código Civil. Por lo mismo, para que haya transferencia del dominio de tales aguas, se requiere escritura pública y su inscripción en el Registro.

15.5. En cuanto a los **vehículos**, por su valor e importancia, han sido especialmente considerados por el Derecho, y así, la Ley 88 de 1989 dispone que para la venta, cuando pertenecen a la sociedad conyugal se requiere del consentimiento de ambos cónyuges. También hay regulaciones de índole administrativo, que imponen la realización del contrato por escrito y su inscripción en la Dirección de Tránsito; pero tales normas no alteran la naturaleza consensual del contrato, y no afectan a la validez de las obligaciones adquiridas por el mero consentimiento de las partes.

La jurisprudencia ha declarado que la compraventa de un vehículo es puramente consensual, ya que el artículo 1740 del Código Civil no los incluye entre los bienes que deban venderse mediante escritura pública. La falta del documento privado con firmas reconocidas judicialmente y registrado, como lo pide el Reglamento de Documentos de Tránsito, no es requisito para la validez del contrato.

15.6. Algo parecido sucede cuando se ha pactado una **prenda industrial o agrícola**, con motivo de la compraventa de una máquina u otros objetos muebles. La compraventa se realiza perfectamente mediante el consentimiento de las partes, y no hay nulidad por la falta de documento y de su inscripción. Estas formalidades se exigen para el contrato de prenda industrial o agrícola, que son accesorios del contrato principal, pero lo accesorio no impone su forma a lo principal; la falta de tales solemnidades producirá la nulidad de la prenda, pero no de la compraventa, y ésta puede probarse por los recibos y otras pruebas que se corroboran con testigos.

15.7. Por el contrario, la **nulidad del contrato principal**, normalmente acarrea igual invalidez de los pactos u obligaciones accesorias. Esto no quiere decir, sin embargo, que no se derive ninguna consecuencia jurídica de una compraventa de bienes raíces realizada de manera insolemne: habrá lugar a la restitución de lo que se haya entregado sin causa (la cosa o el precio) y a las indemnizaciones correspondientes, sobre todo si existe dolo o culpa grave. Un caso notable en esta línea se produjo por la venta mediante documento privado de unos locales comerciales, y luego adicionada por la venta simplemente verbal de otras parte de un centro comercial; la nulidad absoluta fue declarada por la Corte, pero se reconoció a favor del comprador el derecho al reembolso del precio pagado y a la indemnización por los perjuicios que derivaron de los ingentes gastos de adaptación de los locales (instalación de frigoríficos, etc.), para el objetivo a que se destinaban. Se reconoció en cambio, a favor del vendedor, una compensación correspondiente al uso que el comprador hizo de los locales, como si hubieran estado arrendados.

15.8. Es obligatoria la celebración de escritura pública, tanto cuando se quiere vender un inmueble, como si solamente se **promete** hacerlo. Ya hemos hablado de la promesa de compraventa y de cómo debe realizarse

mediante escritura pública, si tiene por objeto, inmuebles. La jurisprudencia sobre este tema es muy abundante.

Lógicamente, la escritura ha de reunir los requisitos para ser válida y su nulidad, redunda en nulidad del contrato que contiene, si bien hay que distinguir una y otra figuras jurídicas.

15.9. La **nulidad** que se produce, en las ventas de que estamos tratando, por falta de escritura pública ha sido calificada como nulidad **absoluta**, por tanto puede ser declarada de oficio, por el juez, y no está sujeta a saneamiento por ratificación o por prescripción. Las partes que hubieren hecho el contrato de otro modo, no tienen otro remedio que volver a celebrarlo en la forma solemne que exige la ley. No basta que ambas partes estén de acuerdo en reconocer la validez del contrato y la Corte ha declarado la nulidad de oficio, ordenando volver las cosas a su primitivo estado, sin que pueda una de las partes reclamar indemnizaciones o el pago de la multa estipulada.

Igualmente, si se ha producido la nulidad de la escritura por algún defecto, es preciso remover el obstáculo jurídico y celebrar nueva escritura, salvo que se trate de vicios que puedan subsanarse por ratificación, como sucede con los que afectan al consentimiento.

Habrá nulidad, si falta la firma del notario o la de las partes, salvo que se haya dejado constancia de no poder hacerlo, y haya firmado a ruego otra persona.

2.10. La falta de **documentos habilitantes**, que certifican la personería de quienes intervienen a nombre de otra persona o como representantes de una persona jurídica, son parte esencial y su omisión ocasiona nulidad absoluta.

No es necesario para la validez de la venta de bienes raíces que en la escritura se inserten las instrucciones que el mandante diere al mandatario, y que no son documento habilitante y éstas pueden ser incluso verbales, siendo solamente responsable el mandatario ante su mandante por el cumplimiento de sus términos de buena fe; basta que conste el mandato o poder.

Otros elementos del contrato pueden ser defectuosos y no producir nulidad, como imprecisiones en los linderos del inmueble, siempre que se determinable o apreciaciones erróneas sobre cualidades no esenciales. Tampoco ocasionan nulidad el incumplimiento de disposiciones meramente administrativas, como ciertos permisos municipales, o que la minuta haya sido elaborada por un abogado.

15.11. En los casos en que la ley ordena que la compraventa se haga en **subasta pública** -como hemos considerado ya, en los casos de pupilos y otros-, el remate debe cumplir los requisitos procesales para su validez, y debe constar en el instrumento público, que en este caso es la sentencia o auto de adjudicación, que se ha procedido legalmente. Se ha declarado en una sentencia, la nulidad de la venta en remate, por constar de la misma acta de remate, que éste se verificó en día distinto del señalado para tal evento.

Otra sentencia declara la nulidad absoluta del contrato de compraventa de inmueble, por escritura privada y dice: "La excepción de falta de derecho en el sentido de que no puede alegar la nulidad quien ha celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba", no se refiere a la norma según la cual la ley se entiende conocida por todos, sino a un conocimiento material, real, efectivo del vicio, lo cual no puede esperarse de una persona analfabeta, como la actora, según señala la doctrina.

15.12. A veces se habla de **inexistencia** del contrato de compraventa de inmuebles por falta de escritura pública, aunque parece más exacto calificar como nulidad absoluta. En alguna sentencia se emplean ambos términos como sinónimos.

15.13. Teniendo la compraventa la finalidad de enajenar una cosa, el cumplimiento de este objetivo se vincula muy estrechamente con la celebración misma del contrato y esto se constata particularmente en el caso de los bienes raíces: la escritura de venta hace el contrato, da el título para la transferencia del dominio, pero solamente la inscripción en el Registro produce ese efecto, en el modo de transmitir la propiedad, mediante la **tradición** que se verifica con tal inscripción. Tan estrechamente unidas están las dos cosas, aunque sean jurídicamente distintas, que a veces se confunden, y se presentan acciones judiciales mal enfocadas por no tener

en cuenta esta importante distinción. La jurisprudencia ha aclarado e insistido en que la compraventa se perfecciona con la escritura y que la transferencia del dominio es otra cuestión diferente, es el cumplimiento normal del contrato.

A veces surgen dificultades en la inscripción, y si éstas son imputables al vendedor, él tendrá que subsanarlas o indemnizar debidamente por su incumplimiento. Puede suceder que los acreedores del vendedor hayan pedido y obtenido la prohibición judicial de enajenar el inmueble vendido, antes de que se inscriba, y, entonces, el Registrador tendrá que negarse a inscribir la compraventa. Otros motivos del incumplimiento de requisitos legales, incluso de índole tributario, justifican la negativa del Registrador. En cambio, no cabe que el propio vendedor pretenda impedir la inscripción, antes autorizada al comprador, por falta de pago u otra motivación. Si el Registrador se negare a inscribir sin verdadera razón o motivo legal, el comprador recurrirá al juez para que, examinada la causa, ordene la inscripción si es legal o definitivamente la niegue.

Ante la negativa de inscribir, el comprador no tiene una acción posesoria para exigir este requisito, porque las acciones posesorias protegen al poseedor, y precisamente el comprador no lo es por el mero hecho de haber celebrado el contrato. Tampoco cabe que los actuales poseedores del predio vendido pretendan oponerse a la inscripción, porque ésta no supone un ataque material a su posesión; pero no se confunde con ella; y los poseedores no son acreedores del propietario vendedor, ni del comprador, para que puedan pedir la prohibición de enajenar e impedir la inscripción.

15.14. La compraventa de **derechos hereditarios** es otra que requiere escritura pública, conformes dispone el artículo 1740. Esta venta, que solamente puede hacerse una vez abierta la herencia, es decir, muerto el causante, puede comprender la totalidad del patrimonio hereditario o una parte o cuota de él; y en uno u otro caso, comprender o no contener inmuebles; muy frecuente será que en la herencia existan bienes muebles y raíces; en cualquier caso se necesita escritura pública para su venta.
Se ha discutido, en cambio, si esta compraventa se perfecciona con la escritura pública o si se requiere la inscripción de ella. El segundo inciso del artículo 1740 dice así: "La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se

ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito".

Ateniéndonos al tenor literal, la inscripción que pide el artículo trascrito, se refiere únicamente al auto de adjudicación protocolizado, que reemplaza a la escritura pública en las ventas mediante subasta judicial. No es correcto atribuir la inscripción como necesaria para consumar la compraventa de los bienes raíces y de las servidumbres.

Se produjo la duda y hubo cierta fluctuación en la jurisprudencia del siglo pasado. Hay un importante alegato del Dr. Agustín Cueva en el que demuestra esta tesis, que se ajusta al sentido literal del Código. Varias sentencias han confirmado estos importantes puntos jurídicos.

15.15. Muy distinta de la venta de la herencia, es la venta de determinados bienes que la integran. Varias sentencias han reconocido la validez de las ventas de inmuebles realizadas por todos los herederos, mediante escritura pública inscrita o la nulidad de la realizada por un solo de los copartícipes, a quien posteriormente no se le adjudique el concreto inmueble.

15.16. Además de las ventas para las cuales se exige escritura pública en el artículo 1740 del Código Civil, hay que tener en cuenta las que requieren de esta formalidad, por disposición de **otras leyes**, como es el caso del Código de Comercio. Allí, en el artículo 183, se establece que la venta de la totalidad de las mercancías o efectos de un comerciante, debe hacerse por escritura pública, además, debe publicarse por seis meses e inscribirse. Por consiguiente, esta compraventa ya no es meramente consensual sino necesariamente formal o solemne y sin estos especiales requisitos, carece de valor legal la venta de la totalidad de las mercancías, como cuando se lo ha hecho por instrumento privado o, aunque se haya celebrado la escritura pública, no se ha realizado la publicación y la inscripción precisamente ordenadas.

15.17. Otro asunto claramente dilucidado por la jurisprudencia: la venta de un inmueble que forma parte del haber hereditario, no es nula por falta de **sentencia de posesión efectiva**; no constituye un documento habilitante, ni es necesario tener dicha posesión efectiva para poder vender.

15.18. Durante la vigencia de la Ley de Reforma Agraria, se concedía un derecho preferente de compra al copropietario o al vecino de un inmueble, y en el supuesto de no haberse respetado ese derecho preferente y haberse vendido el bien raíz a un persona diferente, se producía la nulidad de esta venta.

16. Venta con arras

16.1. Distintas tradiciones o costumbres se entrecruzan en esta materia. Las arras se han usado en diversos pueblos y culturas, bien como parte de pago, como señal de la voluntad irrevocable de realizar la compraventa, o precisamente como lo contrario, como una facultad de arrepentirse y dejar sin valor el contrato iniciado y no consumado aún. Esto da origen a varias teorías y a notables discusiones en otros sistemas jurídicos; en el Ecuador, el Código, admite varias clases de arras y precisa adecuadamente sus efectos.

Borda analiza este instituto jurídico en abstracto y considera cuatro posibilidades: 1. Se trata de una parte del precio y se imputa al pago en caso de cumplimiento del contrato; 2. Puede representar un derecho de arrepentirse, en cuyo caso se pierde lo que se ha entregado o se devuelve el doble de lo recibido, respectivamente por parte del culpable; 3. Ambas partes acuerdan no cumplir el contrato, resuelven rescindirlo, entonces se devuelven las arras pero sin recargo; 4. Una de las partes, sin hacer valer el derecho de arrepentirse, incurre en incumplimiento, en cuyo caso la otra parte tiene un doble opción: exigir el cumplimiento o pedir la resolución del contrato por el incumplimiento o pedir la resolución del contrato por el incumplimiento; en esta última hipótesis todavía cabe distinguir si las arras se dieron con carácter de cláusula penal, o si solamente se podrá reclamar perjuicios probándolos debidamente.

16.2. Siempre hay un sentido de **garantía**: las arras son una nuestra de que existen unas obligaciones que, o bien serán respetadas y cumplidas, o bien darán lugar a una compensación que se verifica de manera rápida y sencilla por la apropiación de las arras por parte de quien las tiene en su poder, o por la obligación de devolverlas "dobladas", es decir todo lo recibido más otro tanto igual.

Como se trata de una figura jurídica surgida de las costumbres, éstas son el mejor intérprete de las leyes que más tarde las han regulado. Prevalecerá, en todo caso, lo que expresamente hayan convenido las partes y, a falta de pacto expreso, habrá que interpretar según aparezca la voluntad de los contratantes, siquiera de modo implícito.

16.3. Nuestro derecho, en primer lugar define **cuándo** hay arras: "Si se vende, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato", dice el artículo 1742. Por tanto se prevén dos casos: las arras como seguridad de que se celebrará un contrato, o bien como prenda del cumplimiento del que ya se ha celebrado.

En el lenguaje popular se emplean otros términos como "señas", "adelanto". Ambas palabras expresan un cierto concepto de garantía.

16.4. La norma general está contenida en el artículo 1742: cada uno de los contratantes con arras **"podrá retractarse"**. En principio, pues, sirven para dejar en libertad de concretar el contrato, de obligarse definitivamente o de no hacerlo, y aún en el caso de haberse ya contratado, cumplir la obligación directamente establecida en el contrato o reemplazarla con la entrega de las arras.

En la compraventa, tanto el vendedor como el comprador pueden entregar arras a la otra parte.

Si el vendedor ha entregado arras al comprador y después se arrepiente, en principio, solamente perderá lo que haya entregado y no podrá ser obligado a celebrar el contrato o a cumplir la total entrega de la cosa vendida. Viceversa, si es el comprador el que se arrepiente, habiendo recibido arras, tendrá que devolver lo que recibió más otro tanto, esto es las arras "dobladas", como dice el artículo 1742.

Igualmente, el comprador puede ser quien haya entregado las arras al vendedor, y el efecto del incumplimiento funciona de manera análoga al caso anterior.

16.5. Pero, nuestro derecho deja a salvo, que las partes pueden **establecer otra cosa**. Por tanto, pueden dar mayor o menor valor a las arras como medio de hacer cumplir la obligación.

Cabe que las partes pacten que además de devolver las arras (simples o dobladas), se tenga que indemnizar perjuicios.

Puede también establecerse que, por el contrario, las arras sean ya una parte del precio o de la entrega de la cosa vendida, en cuyo caso, si hay incumplimiento, podrá exigirse la ejecución total del contrato.

Puestos en el caso más general, el previsto por el artículo 1742, esto es, que las arras den derecho de retractarse, esta posibilidad se ha de ejercitar dentro del plazo que hubieren establecido las partes; transcurrido el plazo ya no queda en pie esta facultad de echarse atrás. Si no hubieren pactado plazo, el artículo 1743 permite la retractación dentro de los dos meses contados desde que se realizó el contrato. Pero tampoco cabe retractación en dos casos: si se ha celebrado escritura pública de compraventa o bien, si se ha "principiado la entrega".

Hay que observar que la escritura pública de promesa de venta no impide el retracto de la voluntad de contratar, en caso de existir arras, sino que se permite este cambio de determinación, ya que lo que se impide en el artículo 1743 es el arrepentimiento cuando se ha celebrado escritura pública de compraventa, no de simple promesa de compraventa.

16.6. En cuanto al **principio de entrega**, que también hace imposible el renunciar voluntariamente al contrato, debe entenderse como una eficaz transferencia de la cosa, por ejemplo, poniendo a disposición del comprador una parte de las mercancías o dejándole ocupar materialmente una parte de la finca vendida. No sería un "principio de entrega", el mero hecho de preparar la escritura pública, pagar los impuestos para su celebración u otros actos que no implican propiamente dejar a la disposición del comprador la cosa vendida; y en el caso del comprador, igualmente se debe entender que hay un principio de entrega desde que paga otras cantidades, distintas de las arras.

En una interesante resolución judicial, se afirman varios principios que han quedado antes expuestos: que predomina la voluntad de las partes; que las arras en principio permiten la retractación; que no es posible la retractación si se ha comenzado a entregar la cosa; que la entrega de la cosa supone la materialidad de ponerla a la disposición del comprador; que las arras son cosa distinta de la cláusula penal, aunque pueden las partes pactarla con ese carácter; que una vez que termina la posibilidad de hacer valer las arras para desistir del contrato, quedan las partes obligadas a cumplirlo y que deben cumplirlo en los términos que convinieron, interpretados de buena fe.

16.7. El Código prevé en el artículo 1744 otra de las **posibles maneras** de contratar con arras: considerándolas simplemente como parte del pago del precio. Dice el artículo mencionado: "Si expresamente se dieren arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta; sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1740, inciso segundo", es decir, que si se requiere de escritura pública, por tratarse de inmuebles o de derechos de servidumbre o de herencia, no se perfecciona la venta aunque se entreguen las arras.

Depende de lo que hayan convenido las partes, cuando la entrega de las arras ha de considerarse como parte del pago del precio; y si no dice nada el contrato, en caso de ser escrito, habrá que remitirse a la costumbre. Hay ventas, por ejemplo de productos agrícolas, que habitualmente se hacen de esta manera, entregando un anticipo del precio, una "seña" o señal, con la intención de cerrar así el contrato; tales pactos son válidos y perfectamente lícitos; generalmente se cumplen con honradez y puntualidad, pero en caso de que una de las partes se arrepintiera, podría hacerlo, perdiendo las arras, salvo que hayan hecho constar lo contrario por escrito.

El artículo 1744 da por supuesto que la entrega de arras como parte del precio ha de constar en contrato **escrito** y si no consta por escrito "se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse". Se refuerza, por tanto, el principio de que en general las arras permiten la retractación, lo excepcional consiste en que funcionen más bien como medio para exigir el cumplimiento del contrato, ya que se pide pacto expreso y éste ha de constar por escrito.

17. Plazo y condición

17.1. Según el artículo 1746: "La venta puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria. Puede hacerse a plazo para la entrega de la cosa o del precio. Puede tener por objeto dos o más cosas alternativas. Bajo todos estos respectos se rige por las reglas generales de los contratos, en los que no fueren modificadas por las de este Título".

No vamos a repetir aquí esas disposiciones generales, que se estudian en otro lugar, pero es preciso hacer algunas observaciones específicas sobre la compraventa a plazo o con condición.

17.2. El **plazo** se emplea más frecuentemente para el pago del precio. Muchas veces se descompone en varios pagos, escalonados en períodos regulares. La postergación del pago total para un momento futuro, origina, como es lógico el problema de la seguridad del cumplimiento, que se puede solucionar mediante diversas formas de garantías sea personales o reales.

Una primera fórmula suele ser la de no entregar la cosa vendida hasta que se haya cancelado todo su precio. La compraventa, está perfeccionada, pero el plazo dado al comprador se compensa con la seguridad concedida al vendedor de continuar en posesión de la cosa. En estas circunstancias, como el vendedor sigue siendo dueño y poseedor, el **riesgo** de la cosa le incumbe totalmente y a su vez tendrá que garantizar de alguna manera al comprador por las cantidades de dinero que vaya recibiendo. Si la cosa perece totalmente, el contrato se convierte en imposible de cumplir, el vendedor tendrá que devolver la parte de precio que haya recibido, y el comprador no puede exigir la entrega de cosa que ya no existe. La fuerza mayor o caso fortuito libertan de responsabilidad, pero si se comprueba culpa, habrá lugar a la indemnización correspondiente.

Otra forma de actuar consiste en entregar la cosa al comprador, aunque todavía no esté pagado el precio, lo cual debe realizar durante el plazo convenido. En este caso, el vendedor está menos protegido: si la entrega es a título de dueño, es decir, si hay propiamente tradición, el comprador adquiere la propiedad y corre con el riesgo de la cosa que ya es suya; pero el vendedor, despojado de la propiedad y de la posesión, tiene menos

defensa. Si el comprador no paga todo el precio, el vendedor no podrá perseguir la cosa, que ya no es suya, y tendrá que recurrir a otras formas de hacer efectivo el pago que le debe el comprador. Por esto, en tales contratos, se suele establecer alguna garantía, como la de hipotecar o constituir una prenda a favor del vendedor.

La entrega de la cosa se puede hacer sin tradición, es decir, solamente a título de **tenencia** o de mera posesión en nombre del vendedor; en este caso el vendedor sigue siendo propietario, conserva el riesgo sobre la cosa pero también puede reivindicarla en caso de que el propietario, conserva el riesgo sobre la cosa pero también puede reivindicarla en caso de que el comprador pretendiera apropiársela sin el pago del precio. De modo más expreso se logra este resultado en la venta con reserva de dominio, de la que se tratará más adelante.

17.3. En cualquiera de los dos casos (entrega de la cosa al comprador con tradición, o entrega de sólo la posesión o la tenencia), se produce también un problema si el comprador **enajena** la cosa comprada y pasa ésta a manos de un **tercero**. Si se trata de inmuebles, el vendedor que conserva la propiedad podrá reivindicar la cosa ilegalmente transmitida a un tercero; pero si el comprador ha enajenado un mueble, se presume que la posesión vale como título y no podría el vendedor originario perseguir el mueble en manos del tercero; podría en cambio embargar el precio que haya recibido o deba recibir el comprador que vendió al tercero.

17.4. Menos frecuente el caso contrario: que se pacte plazo a **favor del vendedor**, para la **entrega** de la cosa; esto se hace sobre todo cuando se compra una cosa que debe ser elaborada, por ejemplo por una fábrica o por un artesano; también, se utiliza en la venta de cosas y otras obras que se deben ejecutar. Lo normal, suele ser que se garantice al comprador dándole también a él plazos para el pago, a medida que se ejecuta la obra o se van entregando las cosas. En definitiva, casi siempre el plazo es correlativo para ambas partes, lo cual origina dificultades de establecer cuando incurre realmente en mora, una de ellas, porque no siempre es fácil establecer con toda claridad la entrega de las cosas, el grado de ejecución de las obras, edificaciones, etc.

17.5. Siempre que se subordinan los efectos de la compraventa a un evento futuro e incierto, hay **condición** y ésta será suspensiva o resolutoria. Hay condición suspensiva, si los efectos no se producen hasta que se cumpla la condición: están en suspenso hasta tanto. En cambio, la condición resolutoria deja sin valor el contrato cuyos efectos ya se produjeron: vuelve las cosas a su estado anterior con una eficacia retroactiva: se devuelve el precio recibido por el vendedor y el comprador entrega nuevamente el objeto de la compraventa al vendedor.

Para que exista una de estas condiciones, se requiere que las partes así lo hayan pactado. En la duda sobre el carácter de la condición, se interpretará preferentemente como condición **suspensiva**: es evidente que el carácter **resolutorio** supone una alteración mayor, unos efectos más fuertes y excepcionales, que deben constar con mayor certeza; de aquí que, es lógico suponer que normalmente la condición será solamente suspensiva; también la frecuencia de este uso confirma la validez de tal interpretación.

La condición suspensiva da lugar a ciertas modalidades especiales de venta, que se estudiarán más adelante, a propósito de los pactos accesorios a la compraventa; aquí simplemente enumeremos algunos de ellos. Esto sucede en las ventas "a prueba", o "al gusto".

En estos casos, y siempre que hay condición suspensiva, al producirse la quiebra del vendedor, el comprador conserva el derecho de adquirir la cosa pagando el precio, es decir ejecutando el contrato y evitará que el objeto entre en la masa de bienes a disposición de los acreedores y administrada por el síndico. Con todo, como afirma Rezzonico, la venta "al gusto" solamente se considera como una promesa unilateral de venta, que no impide a los acreedores del vendedor la ejecución de la cosa. En todo caso en estas condiciones suspensiva, se requiere que exista un plazo dentro del cual se haya de cumplir la condición, ya que de otra manera se caería en una total incertidumbre; cumplido el plazo, o bien se habrá realizado la condición y se perfeccionó la compraventa, o bien, no se cumplió la condición y consecuentemente no hay contrato.

17.6. Mientras pende la condición, el comprador no podrá exigir el cumplimiento del contrato, ya que precisamente ese es el efecto suspensivo de la condición. Si ha recibido la cosa, se debe considerar un simple

administrador de ella, y responderá de cualquier pérdida o desmejora por su culpa, pero no, como es obvio, si perece por caso fortuito. Si el comprador ha pagado y no se cumple la condición, tiene derecho de recuperar el precio y debe restituir la cosa; normalmente se considera que, si la cosa es productiva de frutos (por ejemplo, una hacienda, una fábrica, un hato de ganado, etc.) se deben compensar los frutos percibidos por el comprador, con los intereses del dinero que pagó. Liquidar pormenorizadamente unos y otros resultarían muy difíciles y, si las partes han convenido la condición suspensiva, se aplica esta compensación equitativa de frutos por intereses.

Tanto el plazo como la condición suspensiva, de que venimos hablando, se refieren a las obligaciones que surgen del contrato: la de pagar el precio y de entregar la cosa; pero ambas miran a la transferencia del dominio, que es la finalidad que se propone la compraventa, mediante la tradición, modo de adquirir para el comprador, y modo de enajenar desde el punto de vista del vendedor. Pues bien, también la traslación misma de la propiedad, puede sujetarse a plazo o condición, tal como lo establece el artículo 696 del Código Civil: "La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el cumplimiento de una condición". Aquí se trata, por tanto, de algo muy diferente aunque análogo, el plazo y condición de la compraventa: plazo o condición para la enajenación, mediante la tradición. Hay que tenerlo presente para no confundir dos asuntos tan diversos. De la reserva de dominio, se tratará más adelante.

17.7. Como muchas veces coincide la compraventa con la enajenación, es decir, se produce de inmediato el efecto de transferencia del dominio a título de venta y por el modo de la tradición, hay que distinguir las diversas posibilidades que, sin embargo existen y realmente se dan en la práctica: 1. Venta e inmediata tradición; 2. Venta con condición suspensiva o resolutoria; 3. Venta con reserva expresa del dominio. El no pago del precio, en cambio, no impide la inmediata transferencia de la propiedad, salvo que expresamente se ponga esto como condición, lo cual sí es frecuente.

La **condición resolutoria** trae consigo mayores complicaciones jurídicas, porque el comprador recibe la cosa y generalmente se hace dueño por la tradición, en consecuencia puede destruirla, mejorarla, deteriorarla, transformarla o enajenarla. Si por el cumplimiento de la condición, deben regresar las cosas a su estado anterior, debe volver la cosa vendida al vendedor, será difícil restablecer la cosa a su estado primitivo y habrá que compensar uno o a otro las mejoras o los deterioros, siendo imposible la devolución en el caso de perecimiento total de la cosa. Esto implica que, mientras pende la condición, el comprador, aunque ya sea dueño de la cosa, no puede disponer tan libremente de ella, y el vendedor tiene derecho de pedir medidas conservatorias, para el evento de una devolución obligatoria.

Producida, de todos modos, la **enajenación** o si se ha **gravado** la cosa vendida, el comprador tiene la obligación de devolver la cosa al vendedor, libre de cargas, y siendo esto imposible, tendrá que cubrir todos los perjuicios. Tratándose de bienes muebles, en principio su posesión vale como título, y la enajenación a terceros resulta más firme que la de inmuebles; los adquirentes podrán conservar la cosa y el peso de la indemnización recae íntegramente sobre el comprador que enajenó.

17.8. Para evitar estas dificultades se suele recurrir a una cláusula de **prohibición de enajenar**. Esta es lícita y válida, siempre que se mantenga dentro de los límites permitidos por el derecho: no se puede establecer bienes perpetuamente inalienables, como se ha prescrito en muchas de nuestras varias Cartas Constitucionales (aunque no se recoge en la actual). Por tanto, mientras pende la condición, no podrá enajenar el comprador, si así se ha pactado, y, en caso contravenir esta disposición, sería nula la venta por existir objeto ilícito. Sin embargo, la prohibición convencional de enajenar admite algunas variantes: puede prohibirse bajo pena de multa -cláusula penal, sin subordinar a un efecto anulador la posible contravención de lo pactado: entonces sí realmente el comprador enajena lo que se obligó a no enajenar, no hace un acto nulo, sino que deberá pagar la multa establecida. Puede también condicionarse la prohibición a una indemnización de todo perjuicio, lo cual resultará más complicado y difícil de ejecutar en la práctica, pero también es legal y no produciría nulidad de la venta hecha por el comprador. Si, en cambio, la prohibición pactada es absoluta, la venta por el comprador será nula, el vendedor original puede reivindicar

la cosa -al menos tratándose de inmuebles-, de manos del comprador, es decir del tercero que adquirió ilegalmente. Respecto de muebles, como ya se ha dicho, no cabe normalmente esta reivindicación, salvo que se probara mala fe en el tercero adquirente, lo cual será difícil de probar.

18. La simulación en la compraventa

18.1. En principio se admite un acto simulado **siempre que no cause perjuicio** a persona distinta de quien lo simula: ni a la contraparte, si se trata de contrato bilateral, ni a un tercero, en cualquier caso. Debe entenderse que hay perjuicio de tercero, no solamente cuando se especifica o concreta en un daño a la persona o bienes de otro individuo, sino también cuado se afecta al orden social. Por esta última razón, los actos simulados se prohíben de modo expreso cuando pueden afectar a los derechos hereditarios en materia de asignaciones forzosas, o a los propósitos de las leyes de reforma agraria o a de los de índole fiscal (aunque en este aspecto hay que establecer algunas distinciones) o en trámites judiciales.

Así, el Código Penal sanciona con reclusión de seis a nueve años a la persona que hubiere cometido falsedad en instrumentos públicos, en escrituras de comercio o de banco, en contratos de prenda agrícola o industrial o de prenda especial de comercio, en escritos o en cualquier otra actuación judicial.

No está comprendida, en la penalización transcrita, todo acto o contrato civil y, concretamente, no se incluye la compraventa.

18.2. En materia civil, se admite las llamadas **"contraescrituras"**, dentro de ciertos límites. Mediante estos contratos adicionales o declaraciones privadas de voluntad, se puede modificar, circunscribir y transformar, aun en importantes asuntos, el valor de la primitiva declaración de voluntad o alterar lo que figure incluso en una escritura pública. Efectivamente, se ha producido una notable evolución desde el Derecho Romano clásico en el que las formas solemnes tenían un valor absoluto e insustituible (*la mancipatio, in iure cesio*) hasta el derecho moderno que atiende más a la verdadera voluntad de las partes, pasando por el período intermedio del derecho de Justiniano, que ya se abrió de alguna manera al valor de las declaraciones

no solemnes de voluntad con efectos jurídicos semejantes o iguales a las declaraciones con fórmulas sacramentales.

En la actualidad se suele admitir, siguiendo a Windscheid y otros mantenedores de la "doctrina de la responsabilidad", que el acto simulado obliga a quien lo ha realizado y no puede perjudicar a ningún tercero. Si ambas partes de un contrato, de común acuerdo recurren a la ficción, el contrato les obliga entre sí, pero no tiene ninguna trascendencia respecto de terceras personas, quienes por el contrario, tienen derecho de exigir, cuanto se desprende de la expresión externa manifestada mediante la forma o solemnidades legales.

18.3. Cuando la simulación pretende o causa de hecho un perjuicio a terceros, ya no es simple simulación sino **fraude** y entra en el campo de lo penal. Si ha existido la intención de causar daño a la persona o bienes de otro, hay **dolo**, con todas sus graves consecuencias civiles y penales. Pero la simulación puede también limitarse a encubrir, incluso por motivos laudables, algo que no necesariamente tiene que ser conocido por todos. Por ejemplo, alguien quiere hacer una obra de caridad, de beneficencia, mediante una donación para la cual no tiene impedimento, ni perjudica a nadie, y lo hace bajo la forma ficticia de una compraventa, pagando todos los impuestos y asegurando al beneficiario con mayores garantías que si le hubiera hecho una donación directa. O bien, un individuo se propone restituir algo que ha robado y le dona al perjudicado, para evitarse el bochorno de reconocer el delito que antes cometió, que se encuentra ya prescrito y sin que haya perjudicado a ninguna otra persona.

La simulación llega a algunos casos, como en los dos ejemplos anteriores, a desvirtuar la naturaleza del acto jurídico: un contrato encubre **otro contrato distinto**; entonces se suele llamar "absoluta". Puede también referirse sólo a ciertas estipulaciones o cláusulas de un contrato, sin cambiarlo en otro diferente.

18.4. El artículo 1724 del Código Civil declara terminantemente que: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros". Esta es la regla básica que limita la posible simulación y al mismo tiempo da una posibilidad de ella: siempre **que no perjudique a terceros**. Si se produjera o se preten-

diera producir tal perjuicio, no tendría valor alguno lo pactado privadamente, habría que atenerse a lo que consta en la escritura pública. Las declaraciones de las partes en las escrituras públicas, hacen fe "contra ellas", contra quien las ha hecho, pero no contra otra persona.

Agrega el referido artículo en el inciso segundo: "Tampoco lo surtirán (efecto) las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su cometido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

La explicación de esta disposición, es obvia: la escritura pública permite a todos el conocimiento de los términos del contrato y de las obligaciones y derechos de las partes; si éstas cambian de voluntad o modifican esos términos, debe quedar patente, de igual modo a todos, en qué grado ha cambiado la situación jurídica. La celebración de otra escritura o "contra-escritura", no es suficiente para evitar el posible engaño de terceras personas, que pueden conocer la primera escritura y no la segunda, o bien no relacionar la una con la otra; por esto se prescribe la anotación en la primera de cuanto sea modificado por otra ulterior.

Cabe, por tanto, modificar los términos de una compraventa realizada por escritura pública, siempre que esto se haga igualmente en otra escritura pública y ésta se anota al margen de la primera, de tal suerte que las personas puedan conocer perfectamente cual es la real situación: a quien pertenecen las cosas, cual es su precio, los gravámenes existentes, etc. otra forma de alterar el sentido de una escritura pública que procediendo como se acaba de indicar (nueva escritura pública anotada en la primera), en cambio, entre las partes, sí se puede producir una alteración del sentido patente en la escritura pública, incluso mediante una escritura privada o una simple manifestación de voluntad verbal o de hecho. Esta alteración constituye una simulación que puede producir efecto entre las partes: tendrá valor contra la parte que haya hecho esta simulación o recíprocamente contra ambas partes si ambas han consentido en alterar el sentido de la escritura pública; la contraescritura no tendrá valor frente a terceros.

Además, hay que advertir, que tal simulación será válida entre las partes, siempre que no sea contra disposiciones del derecho o que lleve a configurar un acto o contrato con objeto o causa ilícito o contrario al orden públi-

co. En estos últimos supuestos, no puede tener valor ni entre las partes aunque supuestamente no cause daño a terceros, y generalmente producirá nulidad absoluta, además de acarrear responsabilidades civiles y eventualmente penales.

18.5. Si se **desvirtúa** un contrato por las disposiciones ficticias, el nuevo acto o contrato debe reunir las condiciones de licitud y validez que el derecho prescribe. Por ejemplo, quien simula una venta para encubrir una donación, no puede eludir de esta manera la obligación de pedir la insinuación judicial, necesaria si los bienes tienen una cuantía de más de veinte mil sucres, según el artículo 1417, de suerte que, al faltar la insinuación judicial, la enajenación del inmueble será nula. En cambio si se trata de una donación de menor cuantía que no entre en la referida exigencia de autorización del juez.

Las dos formas de simulación más frecuentes en materia de compraventa son la de encubrir una donación y la de alterar el precio.

La primera, se puede admitir, siempre que no perjudique a terceros, que en este caso pueden ser los acreedores del donante encubierto o sus legitimarios. En cuanto a los acreedores, pueden ejercer la acción Pauliana, al igual que si se hubiere realizado la transferencia del dominio mediante una donación con las formas propias de este contrato: el hecho de disimularse bajo la forma de una falsa venta, no permite evitar al deudor responder con sus bienes. Tampoco se escabullirá el deudor que debía entregar la cosa misma, y ésta puede ser reivindicada de manos de los terceros adquirentes (salvo que se trate de bien mueble comprado en almacén, mercado, etc., que se presume legítimamente adquirido).

Los herederos presuntivos de una persona que aún vive, en realidad no tienen ningún derecho, sino meras expectativas, pero si el propietario de unos bienes se desprende de ellos haciéndolos pasar a otra persona mediante una donación encubierta bajo la simulación de compraventa, llegado el momento de la apertura de la sucesión, los legitimarios podrán pedir la revocatoria de esas donaciones, aunque tengan la forma de compraventa, o demostrar la nulidad por su objeto ilícito, si el que el causante se excedió en la disposición de sus bienes respecto de la parte de los cuales podía disponer.

18.6. El punto de la simulación del **precio**, sobre todo en la compraventa de inmuebles, es singularmente delicado. Muchas personas consideran que los impuestos a la transferencia de los bienes raíces son exagerados y procuran evadir el pago completo de la alcabala e impuestos adicionales, haciendo constar en la escritura pública de compraventa un precio inferior al realmente pactado. A veces esta ficción llega a extremos no solamente inaceptables en absoluto, sino perjudiciales a las mismas partes; en efecto, si en la escritura figura un precio menor de la mitad del justo precio, dará lugar a la acción de rescisión por lesión enorme, y el comprador no puede estar seguro de su compra.

Por otra parte, la ficción de un precio diferente del realmente pactado perjudica al Fisco y se hace, además con la intención dolosa de perjudicarlo, aunque se trate de justificar esta maniobra fraudulenta con el pretexto de que los impuestos son excesivos. Por lo menos, frente al Estado o las entidades públicas que cobran los tributos, tales simulaciones no pueden lograr su objetivo y los que hubieren cometido estos actos ilícitos quedan sujetos al pago con multas y recargos y a las sanciones penales.

He aquí como resolvió este asunto la Corte Suprema en una sentencia. Se había pactado privadamente el precio de quince millones para el predio vendido, pero en la escritura figura solamente el precio de ocho millones (uno de contado y siete a plazo). Hay además un pagaré presentado al juicio, por otros siete millones y en confesión el vendedor reconoce que ha recibido el total de catorce millones y que el comprador le debe los intereses pactados, del veintitrés por ciento. Es evidente la simulación, pero: "ha existido un contrato secreto en cuanto el precio de venta del inmueble y a su forma de pago -dice la Sala-, contrato que es válido y produce los efectos jurídicos de todo acto o declaración de voluntad, si con él no se violan las normas del orden público y las buenas costumbres, criterio que tiene su apoyo en el artículo 1724 del Código Civil en cuanto prescribe que las escrituras privadas hechas por las contratantes para alterar lo pactado en escrituras públicas, *no surtirán efectos contra terceros,* pero sí entre las partes". Naturalmente la sentencia no trata, ni tenía que resolver, sobre los derechos del Estado, al cobro de los impuestos, que no era materia del juicio y quedaban a salvo en todo caso.

18.7. La Ley Notarial en el artículo 20 declara nulas las escrituras públicas simuladas. Me adhiero a la opinión del Dr. César Coronel, quien considera que la disposición del artículo 1724 del Código Civil es especial frente a la norma general de la Ley Notarial, y por tanto, prevalece la primera, que admite la validez en cuanto a las relaciones entre las partes, siempre que no exista objeto o causa ilegítimos ni se perjudique a terceros o al orden público. El problema se presenta más bien entre las partes contratantes y respecto de otras terceras personas. Resulta dudoso si el vendedor podrá exigir el sobreprecio, la diferencia entre lo dicho en la escritura pública y lo convenido privadamente: si consta en pagarés, letras de cambio, u otros documentos que hacen prueba, por ejemplo por la firma de dos testigos, puede admitirse el cobro de esa diferencia del precio, lo mismo que si el deudor lo reconoce voluntariamente o en confesión judicial. Mucho más difícil será que un tercero pueda hacer valer sus derechos, como será el caso de un acreedor que tenía derecho a que se le entregue el precio de la compraventa para levantar un gravamen hipotecario existente sobre el inmueble vendido. Le queda el recurso de no levantar el gravamen, pero también tendrá que esperar el pago de su crédito; en una palabra, este procedimiento fraudulento puede dañar injustamente a terceros.

CAPÍTULO IV
EL PRECIO

19. Cualidades del precio en la compraventa

19.1. Ya que la compraventa se hace por el acuerdo de las partes en cuanto a la cosa y al precio, se desprende de esto que las cualidades del precio adquieren especial relieve. Este debe ser determinado o determinable, cierto, pagable en dinero y proporcionado al valor de la cosa que se vende. Hay otras cualidades o modalidades del precio, que pueden variar, y originan figuras especiales de compraventa.

19.2. Por definición, el precio es una **cantidad de dinero**, aunque éste admite muchas formas de representación, desde las monedas o billetes, hasta los títulos de crédito, las modernas tarjetas de crédito o las órdenes de transferencias bancarias. La moneda en que se pacte el precio, puede ser la nacional o bien la de otro país, divisas extranjeras.

19.3. La Ley Orgánica del Régimen Monetario y Banco del Estado, en el artículo, dispone dice: "Si por el acto mediante el cual se ha constituido una obligación se hubiere estipulado dar moneda extranjera en el país, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero y se pagará entregando la suma determinada de la moneda en que se hubiere pactado. Sin embargo, dicha obligación, con el consentimiento o a pedido del acreedor, podrá ser pagada en moneda de curso legal".

19.4. En cambio, no se admite como verdadero precio, y por tanto no hay compraventa, cuando por una cosa que se adquiere se pagan otras especies no monetarias o convertibles en dinero, pues entonces, se configura la **permuta**. Ciertamente que la permuta se asemeja bastante a la compraventa y se aplican a ella muchas de las reglas de la compraventa, pero es realmente otro contrato diverso.

19.5. Cuando se constituye una **renta vitalicia** a favor de cierta persona, ésta debe recibir una pensión periódica, normalmente en dinero; esto ha originado la duda si se produce una verdadera venta en el contrato de constitución de renta vitalicia; pero hay dos razones para excluir esta posibilidad: las pensiones no son un precio, sino el servicio que se presta al beneficiario; y estas pensiones no son propiamente una cosa, sino un servicio que se produce periódicamente y cuyo valor no se puede calcular de antemano, ya que nadie sabe la extensión de la vida; hay en esta relación un contrato propiamente **aleatorio** y no cabe aplicar las reglas de la compraventa, que exige determinación de la cosa y el precio. Así lo ha considerado la Corte Suprema en alguna sentencia.

19.6. El precio, como queda dicho, debe ser **determinado** y normalmente se fija por la voluntad actual de las partes contratantes. Pueden, sin embargo, señalar unas bases para determinar el precio posteriormente conforme a ellas, siempre que los datos en los cuales coinciden sean suficientes para proceder mediante una simple operación matemática o la cuenta, peso o medida de las cosas vendidas, porque esto equivale a una determinación actual del precio.

19.7. Cabe también, y así lo reconoce el artículo 1747, remitirse al **"precio corriente de plaza"**, y entonces se entenderá que es el del día de la entrega, salvo que expresen otra cosa. Esto es posible cuando se trata de cosas fungibles, según el mismo artículo; y naturalmente, se refiere a cosas de uso o consumo común, que realmente tienen un precio normal y conocido, pues de otro modo, se cae en la indeterminación. Pequeñas variaciones que suelen darse de uno a otro almacén no impiden esta remisión al precio de plaza, puesto que habrá de establecerse un término medio entre esos diversos precios. El artículo 185 del Código de Comercio prevé el caso de que las partes no hubieren convenido en el precio, pero si la cosa fuere entregada, presume que las partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato.

19.8. Finalmente, la determinación del precio, puede dejarse para que la haga **un tercero**, según el artículo 1748. Nada impide que sean varias personas las comisionadas para esta determinación, por ejemplo, una designada por el vendedor y otra por el comprador, para que, en caso de no llegar a un acuerdo decida otra, designada de antemano por las mismas

partes contratantes o que pueda ser elegida por los encargados por las partes.

Si el tercero o los terceros llamados a determinar el precio, no lo hicieren, las partes designarán otro y "en caso de no convenirse, no habrá venta", dice el artículo 1748. Rezzonico interpreta esta norma como una condición suspensiva: la venta solamente se produce al llegar las partes (hubo futuro e incierto) a un acuerdo que no existe inicialmente. Esta solución siguen también otros códigos, pero los de Italia, Suiza y España permiten acudir al juez para que fije el precio, cuando no lo hace el tercero encargado de esto.

Razonablemente considera Borda que si el precio fijado por un tercero, fuere manifiestamente desproporcionado, cabría acudir al juez. No sería lógico, permitir la rescisión por lesión enorme cuando las partes han fijado el precio desproporcionado, y negar toda acción cuando el precio es fijado por un tercero.

19.9. Ciertas especificaciones sobre el modo de pago, como si se ha de hacer en monedas constantes , por cheque, o con una letra de cambio, pagaré u otra obligación semejante, se considera que no afectan a la verdadera determinación del precio ni la validez de la compraventa, aunque surgieran dificultades entre las partes sobre la interpretación al respecto. Habrá que estar a su voluntad, a lo que quisieron establecer con el contrato. Una sentencia de la Corte reconoce que la estipulación sobre el modo de pago del precio, constituye un detalle meramente accidental que no altera la naturaleza intrínseca del contrato de compraventa: en consecuencia, la falta de pago en la forma convenida, ni desvirtúa la causa de la obligación, ni da derecho para demandar la nulidad del propio contrato.

19.10. La jurisprudencia ha precisado que una vez determinado el precio por las partes, no cabe **impugnarlo** sino por la acción rescisoria por lesión enorme; de lo cual se tratará más adelante. Parece evidente que, si nuestra ley permite rescindir el contrato válido y ya ejecutado, mediante la acción rescisoria, con la misma razón se podrá impugnar el contrato aún no cumplido, para reajustar el precio a la realidad.

Aún en países como la Argentina, en los que no se admite la acción por la lesión enorme, sin embargo se exige que el precio guarde cierta relación con el valor de la cosa, que no sea irrisorio o totalmente desproporcionado, como si se fija el precio de una casa en un dólar. En otras palabras, se pide que el precio sea "serio", aunque se deje un amplio campo para la libre contratación, sin llegar hasta ese extremo de permitir un precio irrisorio.

Sobre el precio simulado, me remito lo dicho en el capítulo anterior. Simplemente recuerdo aquí, que las partes pueden modificar por acuerdo privado lo declarado en escritura pública, pero tal modificación solamente surtirá efecto entre las partes y siempre que no cause perjuicio a terceros o vaya contra el orden público. El precio ficticio generalmente perjudica al Estado en sus derechos fiscales y da origen a sanciones, incluso penales contra los autores del engaño.

19.11. El concepto de **"justo precio"**, que juega un gran papel en la moral y que se ha empleado abundantemente en el derecho antiguo, presenta en la actualidad grandes dificultades, porque la complejidad de los negocios hace casi imposible una determinación de tal "justo precio".

Nuestras leyes se refieren, sin embargo al precio justo. Por ejemplo, del artículo 684 del Código Civil ordena pagar el justo precio al dueño de los materiales que se han incorporado por accesión a un inmueble cuyo dueño ha construido con ellos; según el artículo 1134, el testador puede ordenar que se adquiera una cosa ajena para darla a un asignatario, pero si esto es imposible, se debe solamente el justo precio de la especie que debía adquirirse.

Ahora bien, aunque el concepto de justo precio exista en nuestro Código, no es suficientemente determinado como para que exista compraventa si las partes se remiten genéricamente al justo precio de la cosa. Se requiere, al menos, que pongan las bases ciertas para establecer cual ese el justo precio, o que lo dejen al arbitrio de un tercero o del juez, de otro modo, no habría compraventa.

19.12. A veces el precio de ciertas cosas es **fijado por leyes o decretos**, por motivos de orden público, de protección al consumidor o por impera-

tivos de justicia social. Estas fijaciones de precios suelen ser en forma de precios máximos, aunque también se han producido precios oficiales mínimos; los primeros protegen al consumidor, y los segundos pretenden amparar al productor. En uno u otro caso, se trata de límites dentro de los cuales actúa la libre voluntad de las partes: pueden convenir un precio menor al fijado como máximo, o mayor al mínimo. Habrá suficiente determinación si los contratantes se remiten a estos precios fijados por la ley; pero no habría compraventa si, hubieran convenido genéricamente un precio menor del máximo legal, sin determinar en qué medida ha de ser menor o cómo ha de calcularse esa rebaja; igualmente no habría necesaria determinación, si acuerdan que se pagará "más del mínimo legal", pero sin precisar cuánto más, ni establecer cómo se ha de calcular esto.

19.13. En las ventas por **subasta** el precio queda absolutamente determinado en que el Juez califica las posturas u ofertas y asigna la cosa rematada a quien ha hecho la mejor propuesta. Hasta ese momento puede haber incertidumbre, porque no es necesariamente mejor precio el más alto, sino que se han de tomar en cuenta las condiciones, sobre todo de tiempo: si es al contado o a plazos, por cuotas, etc. Cuando el Juez califica las posturas, desaparece la incertidumbre y el precio queda debidamente determinado.

19.14. Hay que considerar también el **"reajuste"** de precios que se ha generalizado en el mundo contemporáneo por responder a una exigencia de equidad frente a la frecuente desvalorización de las monedas. El precio bien determinado al momento de cerrar el contrato, puede convertirse en indeterminado, incierto, si se ha de pagar en un tiempo futuro en el que la moneda vale distintamente que cuando se contrajo la obligación. Es la medida del valor -la moneda- la que ha cambiado, y no sería justo mantener el precio nominal, sobre todo cuando la depreciación o desvalorización de la moneda es muy grande.

En algunos países como Alemania después de la Guerra de 1914-1918, o el Brasil en los años sesenta, se llegó a cambiar la primitiva moneda por otra con una relación de miles de millones de una a otra; lógicamente en tales condiciones, quien había pactado un precio de diez marcos o de diez Reis, tendría por equidad, que reconocer después miles de millones de marcos o de Reis, y sin embargo esto no es cambiar el precio, sino más bien, conservar el precio inicial, traduciéndolo a una nueva medida. No

hay en tales casos indeterminación del precio, sino necesidad de actualizarlo, conforme hayan variado las circunstancias. Estos reajustes pueden ser previstos y ordenados por las partes, o bien, pueden ser ordenados por disposiciones legales en tutela de la equidad.

A veces interviene el Estado para regular el reajuste de precios, como sucedió con el Decreto 663 del 7 de mayo de 1971, que da preferencia a lo que hayan establecido las mismas partes contratantes, pero, de manera supletoria dispone a falta de esa previsión.

20. Casos especiales

20.1. Expondré algunas situaciones especiales consideradas en nuestras leyes o por la jurisprudencia nacional, con relación al precio en la compraventa; otras, que también tiene que ver con el precio, se examinarán a propósito del cumplimiento del contrato, de las acciones resolutorias o rescisorias y del pacto comisorio.

20.2. Según el artículo 159 del Código Civil, también importa la **propiedad del dinero** con el que se paga el precio. Efectivamente, si con el dinero de un cónyuge destinado por capitulaciones matrimoniales o por donación condicional, se compra una cosa, ésta no entra al haber de la sociedad conyugal, sino al del respectivo cónyuge.

Antes de la reforma introducida por la Ley 43, que suprimió el artículo 141 del Código Civil, se presumirá la autorización para las compras al contado y al fiado, en diversos casos, y se distinguían los objetos de consumo ordinario, así como los calificados de "muebles preciosos", para dar origen a varias presunciones legales. El sistema ha sido profundamente modificado por esa reforma legal de 1988 y 1989, pero hay que tener en cuenta las disposiciones del antiguo derecho, aplicables a las relaciones jurídicas surgidas en tiempo de la vigencia de la ley anterior, y también para apreciar el actual sistema, a base de esos antecedentes históricos. La compraventa de las cosas **de uso ordinario difería** -y aun difiere hoy-, muy notablemente de los inmuebles, no sólo en cuanto a la consumación del contrato por mero consentimiento o en forma solemne, sino en cuanto al pago del precio y sus efectos.

20.3. Según el artículo 1384, si se vende la cosa materia de un usufructo, para pagar una deuda hipotecaria o prenda constituida en ella por el causante de la herencia, el usufructuario se subroga en la acción del acreedor contra los herederos. Por consiguiente, puede **embargarse el precio**.

20.4. Se pactó el pago de un predio, **parte en dinero** y, además, el vendedor se reservó el derecho de habitación y usufructo vitalicio que el comprador se obligó a cuidar de la persona del vendedor, alimentarle, curarle y darle sepultura cuando muriera. Estas obligaciones son lícitas y forman parte integrante y esencial del precio de venta, por lo cual al no haberse cumplido como se había estipulado, el vendedor tenía derecho a la resolución del contrato por falta de pago, y así lo admitió la Corte Suprema.

CAPÍTULO V
DE LA COSA VENDIDA

21. Libertad general y excepciones

21.1. La regla general consiste en la libertad, como se declara en el artículo 1749: "Pueden venderse **todas las cosas** corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley". Con decir "todas las cosas", ya se significaba este amplio campo de libertad, pero el legislador ha querido eliminar cualquier duda, refiriéndose expresamente a las dos clases de cosas: las corporales y las incorporales, que abarcan a cuantas existen.

La finalidad de la compraventa es transmitir el dominio, producir la enajenación de las cosas que se venden, por lo cual, si las leyes prohíben, excepcionalmente, la **enajenación** de ciertas cosas, es obvio que éstas no pueden venderse.

El objeto propio de la compraventa son las cosas, entendiéndose por tales, los bienes de los que trata el Libro II del Código Civil, principalmente en los artículos 583, 584 y 594. Todo cuanto cae bajo la regulación del Derecho Civil y es objeto del derecho de propiedad, puede ser vendido. Por esto, no entran en la categoría de objeto del contrato de compraventa los seres o entes que según el sentido común no se consideran cosas, aunque desde un punto de vista metafísico o filosófico lo sean.

21.2. Se excluyen de la compraventa, las cosas que **no están en el comercio** porque, como dice el artículo 602 del Código Civil, "la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar y no son susceptibles de dominio".

Se plantea la duda sobre la condición de "cosas", respecto de las **energías** naturales, como la electricidad, o la fuerza hidráulica. En el plano jurídico

no se trata de averiguar la íntima naturaleza de estos entes, sino de tomarlos en cuenta para una regulación de las relaciones que sobre ellos traban los hombres, y se consideran como cosas para estos efectos.

21.3. Diversas razones de orden público llevan, sin embargo, a establecer algunas **excepciones** respecto de la regla general de la libertad de compraventa, prohibiéndola respecto de algunos objetos, por motivos de moralidad, de seguridad, de salud, de respeto al derecho de otras personas o de intereses financieros del Estado. Estas prohibiciones deben ser expresas para producir su efecto, ya que constituyen límites de la libertad y ésta se debe tutelar en la mayor medida posible. Las leyes especiales de salud, de régimen monetario, de patrimonio artístico, de desarrollo agropecuario, de derechos de autor y otras similares, contienen especiales prohibiciones. Me referiré a continuación a algunos casos de singular interés.

21.4. Los **bienes inmateriales** o derechos pueden ser vendidos, siempre que sean ciertos, aunque su cuantía sea indeterminada. Por ejemplo, un comunero de una propiedad puede vender su crédito por el valor de la cosa que va a ser vendida en subasta pública; el precio aún no está determinado, pero lo que se vende es algo cierto. En todas las ventas de cosas futuras, surge algún factor aleatorio o de indeterminación del valor, aunque sea transitorio.

Una sentencia declara que aun antes de la partición de la herencia, se puede rematar la acción que el ejecutado tiene en la especie poseída en común por los coherederos, ya que las cosas incorporales pueden también venderse.

21.5. Por excepción, algunos derechos no se pueden vender, porque se consideran **rigurosamente personales**: los derechos de uso, habitación y usufructo del padre o madre de familia respecto de los bienes de sus hijos, o de cada cónyuge con relación a los bienes de la sociedad conyugal. Tampoco el patrimonio familiar puede venderse, sino solamente las cosas sobre las que está constituido, y esto, con permiso judicial, normalmente para subrogar el patrimonio en otras cosas semejantes.

No se admite la venta del derecho de pedir alimentos, por expresa prohibición del artículo 362 del Código Civil. Por el contrario, sí se puede ceder o vender las pensiones alimenticias atrasadas.

21.6. El derecho de **preferencia** que tienen los vecinos o los condóminos para adquirir un terreno, como prescriben las leyes de reforma agraria con fines de integración de unidades productivas, no se puede ceder o vender a extraños: es una preferencia concedida por el indicado objetivo de integrar la propiedad y no se cumpliría dicha finalidad si pasara la preferencia a un tercero.

21.7. Las **servidumbres prediales** ya constituidas no se pueden vender con independencia del predio dominante, ya que se han establecido en su beneficio y no cabe, ni materialmente muchas veces, que se transfieren a otro fundo. Lo que sí es posible es "comprar" un derecho de servidumbre que aún no se haya constituido, como cuando un propietario paga el precio del terreno por el cual tendrá en adelante la servidumbre paso o camino.

También cabe, como señala Puig Peña, la redención convencional de una servidumbre: extinguir el derecho del propietario del predio dominante, mediante el pago de un precio. Los **derechos litigiosos** pueden venderse, pero no a ciertas personas: a quienes intervienen en el juicio como oficiales, depositarios, etc. Esta prohibición se refiere más a las personas que a la cosa, y de ella se trató en el capítulo segundo.

21.8. Según el artículo 1853 del Código Civil, es indiferente que la cesión de un **derecho litigioso** se haga "a título de venta o de permuta", es decir que estos derechos, considerados como cosa inmaterial, bien pueden ser objeto de compraventa.

21.9. En cuanto a los **derechos de autor**, la ley distingue el derecho personal a la autoría, que es intransferible: quien es autor no puede dejar de serlo ni puede transferir a otro esta "paternidad intelectual o artística"; en cambio las regalías o derechos económicos se pueden ceder o vender a otros.

21.10. Respecto de las cosas materiales hay que tener presente que, por disposición del artículo 1482 del Código Civil, "Hay objeto ilícito, (...) en la venta de libros cuya circulación está prohibida por la autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas **obscenas**, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de (...)" prensa (....) El Código Penal sancionaba como delito e impone penas por la venta de estos objetos inmorales, pero la reforma introducida por la Ley 109 del año 1998, ha limitado la prohibición penal solamente cuando se refiera a compradores menores de catorce años y siempre que puedan afectar gravemente el pudor o excitar o pervertir "su instinto sexual".

21.11. En el caso de los inmuebles, si se hallan **embargados**, no pueden ser vendidos y si, contrariando la ley, se realizara una compraventa, sería nula con nulidad absoluta. Varias sentencias han reconocido esta evidente realidad.

Sucede a veces que, para cobrar un crédito mediante remate, se embarga un inmueble, pero resulta que no pertenece al deudor. Para evitar la venta judicial en subasta, el propietario debe presentar entonces una tercería excluyente de dominio, antes de que se consume la venta judicial. Una vez producido el remate el dueño no puede reclamar, según ha declarado la Corte Suprema en sentencia, aunque con dos votos salvados, que aducen que el juez no tiene mandato para vender cosa ajena.

21.12. Los inmuebles que no tienen otro dueño pertenecen al Estado y la ley de tierras **baldías** los declara imprescriptibles; su enajenación solamente puede realizarse por concesiones del Estado con determinadas obligaciones para los asignatarios de ellas. Estos bienes raíces no pueden venderse por quien no es dueño, aplicando la disposición general del Código Civil sobre la venta de cosa ajena. Así lo ha declarado la jurisprudencia.

21.13. Según el artículo 780 del Código Civil, el derecho de **usufructo** se puede constituir: 1. Por la ley; 2. Por testamento; 3. Por donación, venta u otro acto entre vivos; y, 4. Por prescripción. El dueño de una propiedad está autorizado para desmembrar su dominio, vendiendo el derecho de usufructo. Otro tanto dígase de los derechos de uso o de habitación, que, igualmente son objeto lícito de compraventa. En cambio, estos mismos

derechos no se pueden transferir a otra persona por compraventa, ya que se trata de derechos de índole personal.

21.14. Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, la propiedad no puede considerarse **inalienable** ni aún por cierto tiempo, porque ello pugnaría con la idea misma del dominio, conforme a la definición legal. Claro Solar cita los siguientes conceptos de Laurent, que se recogen también en una sentencia de nuestra Corte: "El derecho de propiedad en el Código Civil, es de orden público en el sentido estricto de la palabra. La propiedad no puede ser declarada inalienable cuando las leyes no autorizan esta derogación de un principio que, siendo de interés general, cae por lo mismo bajo la aplicación del principio de que no puede derogarse por convenciones particulares a las leyes que interesan al orden público; hay que decir otro tanto de los actos de última voluntad".

En más de una sentencia se ha reconocido que la inalienabilidad no puede ser decretada por el Ejecutivo ni por el Legislador, contrariando la disposición constitucional que prohíbe que existan bienes perpetuamente inalienables en el Ecuador. En una de ellas se dice: "La limitación de inalienabilidad con que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo del 30 de noviembre de 1931, fue adquirido el predio materia de la controversia, ha desaparecido en virtud de lo prescrito en el artículo 175 de la Constitución vigente (la de 1946). En consecuencia, el contrato de compraventa, celebrado en enero de 1951 bajo el imperio de la ley fundamental, es válido". Otra Sentencia, en 1972, expresa: "El Decreto Supremo del14 de abril de 1937, en virtud del cual se realizó la venta, quedó sin efecto en virtud del inciso 5 del artículo 183 de la Constitución Política vigente a la época de la venta cuya nulidad se pide, que prescribió: Solamente las autoridades que ejercen la Función Judicial podrán dictar providencias que impidan u obsten la libre contratación, transferencia y transmisión de la propiedad. No surtirá efecto ni será obedecida orden alguna al respecto, que emane de otra autoridad. Esta disposición dejaba sin efecto la prohibición de enajenar que el mencionado Decreto Supremo contenía, en virtud del artículo 195 de la misma Constitución, por el que prevalecen sus normas sobre toda otra disposición legal, sea de autoridades legítimas o de gobiernos de hecho. No hay, pues, nulidad en la venta realizada".

Tampoco se permite que el testador impida la enajenación de los bienes que deja a un heredero, porque como dice una sentencia, "es de la esencia del dominio la libre disposición de la cosa sobre la que versa, facultad que no puede prohibirse ni limitarse sino por la ley, mas no por contratos o por actos de última voluntad, ya que contrarían al orden público".

21.15. Desde luego, si hay **providencia judicial que prohíbe** la venta, ésta no puede realizarse válidamente, por carecer de objeto lícito. Las prohibiciones de enajenar judiciales se suelen pedir en los juicios ejecutivos, incluso como medidas precautorias, para asegurar el cobro de un crédito debidamente justificado por un título ejecutivo.

21.16. La existencia de una **hipoteca** que grava un bien raíz, no impide su venta, ya que, como ordena el artículo 1626, el que compra un inmueble hipotecado se subroga en la obligación hipotecaria y queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado. En otras palabras: la cosa vendida pasa con su carga a poder del comprador.

21.17. No hay inconveniente en vender **muebles que se van a incorporar a inmuebles**, como es el caso de plantas o árboles que se sembrarán en un terreno. Un contrato en este sentido, fue declarado válido por sentencia judicial: "Es válido el contrato de compraventa por el que una parte se obligó a sembrar matas de cacao y la otra a pagarlas". En cambio, no se ha admitido una herencia de desmembración del dominio, sin constituir ningún derecho real (usufructo, uso o habitación), sino pretendiendo asignar el derecho de "sembrador"; dice así una sentencia: "El vendedor carecía de los derechos de 'sembrador' que él se atribuyó. En efecto, siendo el dueño de la tierra en la que se hicieron los cultivos a los que se refieren los supuestos derechos vendidos, no cabía que al mismo tiempo que la calidad de dueño de los terrenos, tuviera la de sembrador, porque esta última calidad no es compatible con aquellas, dadas la modalidades del contrato de siembra según lo que se ejecuta comúnmente en el litoral ecuatoriano. Consecuentemente, no habiéndose intentado vender el suelo ni las plantaciones, ni poseyendo el vendedor ningún derecho como sembrador, ningún efecto puede surtir el contrato de compraventa: nada transmitió el vendedor, porque no se puede vender una cosa que no existe, y tampoco adquirió nada el comprador".

21.18. La transferencia de ciertos **títulos** se sujeta a leyes especiales, como sucede con las acciones nominativas, cuya cesión está prevista en el artículo 204 del Código de Comercio; no basta, por tanto una venta del título y su entrega material, ya que prevalece la disposición especial que exige solemnidad para este traslado del dominio.

21.19. Se ha generalizado la "venta" de ciertos puestos de trabajo, como los de transportadores de mercancías y pasajeros en líneas de autobuses u otros vehículos. No parece legal este procedimiento ni se ajusta propiamente al concepto de lo que es una compraventa; sería en cualquier caso un contrato innominado. Sin embargo, en alguna sentencia se admite esta posibilidad y se ha reconocido la validez de la venta de un vehículo, conjuntamente con el derecho a seguir prestando servicios en la línea de transporte a la cual estaba asignado; aquí hay más bien la cesión, de discutible valor, de una concesión administrativa, en cuanto se refiere a la segunda parte del contrato, ya que la venta del vehículo nada tiene de particular.

21.20. En determinados momentos históricos se ha prohibido la "venta" de **monedas extranjeras** o cambio de divisas, por razones de índoles económico-financiero; estas prohibiciones han puesto fuera del comercio esos bienes, generalmente por un tiempo limitado, y consiguientemente, su compraventa sería nula y aún penada como delito.

21.21. Las prohibiciones de compraventa de drogas **estupefacientes**, medicinas no debidamente probadas, materiales radioactivos y otras substancias peligrosas, así como de armas, explosivos y artefactos que impliquen un peligro para la salud o la vida, son objeto de las determinaciones del derecho administrativo, pero en su conjunto podemos apreciar como normas que sacan del comercio estas cosas o las constituyen objeto ilícito de contratos.

22. Compraventa de universalidades de bienes

22.1. La compraventa exige que su objeto sea debidamente determinado, sea en el momento mismo de celebrar el contrato, o al menos en un tiempo posterior empleando los medios ya previstos para esa determinación. Pero esto no supone necesariamente que la cosa haya de ser singular o un

conjunto numerable o sujeto a medidas de peso o extensión; también se puede comprar y vender un bien universal, una universalidad.

El caso más frecuente consiste en la compraventa de la herencia, la universalidad más corriente. Puede venderse toda la **herencia** o una cuota de ella. De igual manera, cabe la venta de otros bienes con las características de la universalidad, como el conjunto de una **empresa** o negocio determinado, sea de persona singular o de una sociedad; estas ventas están, sin embargo, sujetas a especiales regulaciones.

22.2. No se admite que una persona viva venda la **totalidad** de sus bienes, sin limitación, es decir, como verdadera universalidad, ya que este despojo absoluto significaría reducirse a la indigencia y constituirse en una carga para la sociedad. La venta con tales características de universalidad supondría la total irresponsabilidad de un sujeto, que puede tener obligaciones o por lo menos en lo futuro tendrá que contraer obligaciones y éstas quedarían sin ningún respaldo. El artículo 1750 lo prohíbe, pero permite algo muy próximo en sus efectos: la enajenación de todos los bienes que sean debidamente enumerados: "Es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros, o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota; pero sí será válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos. Las cosas no comprendidas en esta designación, se entenderá que no lo son en la venta; toda estipulación contraria es nula".

Al exigirse no sólo la precisa enumeración de los bienes que se venden, sino que ésta conste por escritura pública, pone al resguardo los intereses de terceras personas quienes podrán fácilmente percatarse de la verdadera situación económica de aquel con quien contraten. También se trata de evitar que bajo la apariencia de compraventa se haga una donación simulada, que podría perjudicar a otras personas. En la compraventa el vendedor recibe un precio y con ese dinero puede subsistir y hacer frente a sus obligaciones, en cambio en la donación no hay precio y el donante se empobrece, y si esto se lleva al extremo, deja a todo acreedor al descubierto.

En el último inciso del artículo transcrito, se cierra la puerta a una forma indirecta de hacer venta universal de los bienes presentes y futuros, que sería la cláusula agregada después de la enumeración de la mayor parte de ellos, en el sentido de que "todos los demás no enumerados", o "cualquier otro bien que faltare en esta enumeración" u otra parecida, que deriva en una venta universal inadmisible: tales cláusulas se declaran expresamente nulas.

22.3. La prohibición de la venta de una **cuota del propio patrimonio total** de una persona viva, es decir una parte proporcional de sus bienes presentes o futuros o de unos y otros, se explica de diversa manera. Aquí no hay mayor peligro de indigencia e irresponsabilidad -salvo que la cuota vendida se aproxime a la totalidad, como un 99%-, sino por la indeterminación del objeto de la compraventa, que resultaría por lo menos muy difícil de concretar.

22.4. Se permite, en cambio, la venta de una **cuota de la cosa** que se tiene en común con otro u otros, ya que en este caso se podrá con relativa facilidad proceder a la partición y quedará precisada la cosa vendida. Si se tiene acciones de una sociedad, éstas representan una cuota del patrimonio social y pueden venderse, en la forma prevista para cada clase de acciones. Y si la cosa común no pertenece a una sociedad sino a copartícipes o comuneros, no unidos por contrato de sociedad, la cosa en su conjunto será bien determinada y la cuota que se enajena también, de modo que no hay oposición a la exigencia de objeto determinado para la compraventa. El artículo 1751 dice así: "Si la cosa es común dos o más personas pro indiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aun sin consentimiento de las otras". Cuando hay contrato de sociedad, en ciertos casos se requiere el consentimiento de los otros socios para vender la cuota de uno de ellos, tal como sucede en las sociedades en nombre común, en comandita y de responsabilidad limitada; no en las sociedades anónimas.

22.5. La venta de **la herencia** se realiza de dos formas principales: garantizando sólo el "nombre de heredero", el derecho, o bien comprometiéndose a que todo el patrimonio del difunto pase al comprador. Desde luego, también se puede vender un cuota de dicho patrimonio hereditario, pero esto implica un sentido de plenitud o totalidad -la totalidad de la cuota-.

Si solamente se garantiza el **"nomen aereditarium"**, de una sucesión abierta (nunca, de la que aún no se ha abierto por la muerte del *de cuius*), quien vende no garantiza la transferencia de la propiedad de unos bienes determinados, sino los que resulten de la liquidación y partición eventual del patrimonio hereditario. Si se ha vendido "todos los bienes comprendidos en la herencia", entonces el vendedor tendrá que responder incluso de los que haya enajenado él mismo a otras personas.

22.6. Las mayores dificultades prácticas se suelen presentar por el desconocimiento del derecho que lleva frecuentemente a realizar ventas no solemnes cuando deben estar revestidas de especiales formalidades; y en las ventas de bienes o **cuerpos ciertos** y determinados, por quienes solamente tienen una cuota. El caso de los bienes de la sociedad conyugal, que corresponden en común a los cónyuges mientras viven y a los herederos, cuando han fallecido ambos o bien al cónyuge sobreviviente y a los herederos del fallecido, si solamente uno ha muerto, ha dado origen a diversas interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia.

22.7. En cuanto a la venta de todos los bienes de un **establecimiento comercial**, se requiere de escritura pública, aunque solamente comprenda bienes muebles, y si se realiza por escritura privada o de forma meramente verbal, se produce nulidad absoluta de la venta; así lo ha confirmado la jurisprudencia.

22.8. Si se quiere vender la **totalidad de un inmueble heredado** y hay varios herederos, todos ellos deben actuar como vendedores, sea directamente o por medio de mandatario o representante legal y cumpliendo las especiales formalidades previstas por la ley y en el caso de los incapaces. Por tanto, si uno o varios herederos venden el bien raíz sin contar con la participación de uno o varios otros herederos, no tomados en cuenta, se produce un efecto peculiar, porque la ley no ha querido que se produzca una nulidad absoluta, para salvar en lo posible el valor de un contrato. Esta clase de ventas queda supeditado el efecto, que en la partición se asigne el bien vendido a quienes lo enajenaron: si esto sucede, el comprador se considera dueño, con efecto retroactivo al momento de la compraventa; en caso contrario, es decir, si el inmueble no es asignado a los vendedores o no lo es en su totalidad, la venta no surte efecto, porque no podrán

efectuar la tradición a favor del comprador, no teniendo los vendedores el dominio.

No cambia el efecto de estos contratos, en cuanto a la obligación de transmitir la propiedad y al efecto real de la transmisión del dominio al comprador, el hecho de que haya o no haya conocido que el vendedor no era el propietario de la totalidad. Si tendrá importancia esta circunstancia en cuanto a las indemnizaciones que deberá pagar el vendedor que no pueda cumplir con la transferencia del dominio: la buena fe o mala fe, se concreta en haber dado a conocer o haber ocultado su condición de propietario de cuota.

El efecto propio de esta clase de ventas, indudablemente irregulares, queda claro: la eficacia de la venta se subordina a que el vendedor llegue a ser propietario exclusivo de lo que vendió como cuerpo cierto. No hay nulidad, sino una venta de cosa ajena, que origina la obligación de adquirir y transmitir la propiedad exclusiva, y, en caso de hacerse imposible esta adquisición, porque se asigna el bien a otro heredero, la venta queda sin efecto y el vendedor deberá devolver el precio e indemnizar al comprador fallido. Esta singular situación se califica no como causa de nulidad, sino de "inoponibilidad" de la compraventa contra quien realmente ha pasado a ser dueño por un legítima asignación de la cosa, normalmente en acto de partición, judicial o extrajudicial. Por esto, no resulta exacto demandar la "nulidad", sino que el comprador deberá reclamar la restitución del precio pagado y la indemnización de perjuicios.

Una serie de sentencias, desde 1882 hasta los últimos años, coinciden en reconocer el derecho de cada heredero para vender su cuota, también pueden vender un cuerpo cierto, pero, en ese caso, el efecto de transmitir la propiedad no se realizará sino en el evento de que el vendedor obtenga en la partición que se le asigne el bien que vendió.

22.9. En cuanto a la venta de bienes que pertenecieron a la **sociedad conyugal**, una vez que ha muerto uño de los cónyuges, se debe tener en cuenta que lo primero será la separación de los patrimonios, para establecer lo que perteneció a la sociedad y a cada cónyuge, para saber qué corresponde a los herederos, generalmente hijos, pero también pueden ser otras personas, incluido el cónyuge sobreviviente. Sucede con alguna fre-

cuencia que se mantiene la situación de comunidad entre el cónyuge que sobrevive y los herederos, y en esa situación, se realizan ventas de cosas singulares por parte de uno o de otros, siendo así que se requeriría la concurrencia de todos. Si entre los herederos hay alguno incapaz, se requiere además, la correspondiente autorización judicial. Como dice una sentencia, si vende el cónyuge, sin contar con los herederos, esa venta está sujeta a caducidad, en el caso de que en la división de patrimonios y partición de la herencia no le corresponda el bien que vendió.

Normalmente un inmueble adquirido durante el matrimonio pertenece a la sociedad conyugal y, disuelta ésta, corresponde la mitad a cada cónyuge; en caso de muerte de uno de ellos, el 50 por ciento por concepto de gananciales será del cónyuge supérstite y el otro cincuenta por ciento de los herederos, generalmente, los hijos comunes. Por consiguiente, ni sólo el cónyuge, ni los herederos prescindiendo del viudo o viuda, pueden vender todo el bien dejado por el causante. Según el artículo 1360 el coasignatario no puede vender sino su cuota, si vende una cosa, esta venta sólo tendrá pleno efecto si en la partición se le adjudica; si la cosa vendida se adjudica a otro, "se procederá como en el caso de venta de cosa ajena".

Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá éste igual derecho que el vendedor o cedente, para pedir la partición e intervenir en ella, dice el artículo 1341. Realizada la partición, se concreta la propiedad en determinados bienes y no tiene sentido la venta de cuota, sino que se procede a enajenar dichos objetos concretos.

22.10. Mientras perdura la sociedad conyugal, la venta de los bienes sociales se sujeta a especiales disposiciones, que en nuestro derecho han variado notablemente a lo largo de la historia. Inicialmente sólo el marido tenía la administración de la sociedad y podía incluso disponer libremente de los bienes; posteriormente se limitaron esos poderes omnímodos, dando a la mujer el derecho de intervenir y haciendo necesario su consentimiento para la enajenación de inmuebles, en el estado actual, se requiere la intervención de ambos cónyuges para la enajenación de bienes raíces, de automotores y de acciones de sociedades que pertenezcan a la sociedad conyugal. Antes de la Ley 256 del 4 de junio de 1970, se discutía sobre el efecto de la venta de bienes sociales, cuando se había prescindido del consentimiento de la mujer, pero desde esta reforma quedó en firme que se pro-

duce **nulidad relativa**; esto se mantiene en las Leyes 43 del año 1988 y 88 del año 1989. Consiguientemente las sentencias han fluctuado entre la nulidad absoluta, la relativa o la inoponibilidad de la compraventa, pero, como queda dicho, en la situación se excluyen estas dudas.

23. Venta de cosa que no existe

23.1. Las cosas que absolutamente **no pueden existir**, es evidente que no pueden ser objeto de ningún contrato, y por tanto, de la compraventa. Lo que ha dejado de existir, obviamente ya no podrá existir jamás; puede llegar a existir otra cosa semejante o igual, pero no la misma. Por esto la primera regla muy clara consiste en que lo que pereció definitivamente, ya no puede ser objeto de compraventa. Hay otras cosas que no pueden existir, por entrañar una imposibilidad intrínseca, metafísica o natural, como lo que implica contradicción, que lógicamente es imposible admitir. A esto se aproxima cuando por experiencia se demuestra como imposible, como un caballo que vuele.

23.2. Hay cosas que **no existen, pero pueden existir** y éstas sí pueden venderse y comprarse. El Código distingue a este propósito diversos géneros de contratos: la compraventa normal, en la que cada parte asume sus respectivas obligaciones de entregar la cosa y de pagarla; la venta "de la suerte" o "venta de la esperanza" como suele decirse que implica un factor aleatorio, según realmente llegue a existir la cosa o no se produzca. También distingue el Código el caso de que lo vendido llegue a existir en su totalidad o solamente en parte.

El artículo 1752 declara: "La venta de cosas que no existen, pero que no espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte".

Por consiguiente, se admiten tanto la venta de cosa futura con el riesgo a cargo del vendedor, como a cargo del comprador.

23.3. La primera hipótesis que admite el Código consiste en que la compraventa se haga bajo la **condición** de que la cosa llegue a existir; si no se produce la cosa, no hay compraventa. Parece que la condición se ha de

entender como **suspensiva** mientras no llega a la existencia el objeto vendido, la compraventa está en suspenso, no produce efecto; y cuando llega a la existencia la cosa, entonces adquiere firmeza la compraventa. Por ejemplo, se compra un invento consistente en un artefacto o un procedimiento para producir que va a ser objeto de investigación, de ensayos para procurar lograr tal objeto nuevo: no se sabe si realmente se llegará a feliz término o no, y se compra bajo la condición de que realmente se consiga el objeto deseado.

23.4. Lo más frecuente, sin embargo, es que, fundándose en lo que generalmente acaece, se venda una cosa y quede firme el contrato, suceda o no la existencia futura de la cosa; por ejemplo, se vende una sementera o los frutos que seguramente producirán unos árboles, los peces que recogerá una nave de pesca en determinado tiempo y lugar, etc. En todos estos casos, el comprador corre con el riesgo de que realmente se produzca o no la cosa, aunque hay una gran probabilidad de que sí suceda lo positivo. Estos son ejemplos de contratos de compraventa de **la suerte o la esperanza**. El comprador corre con el riesgo de que realmente produzcan su fruto la sementera, los árboles o las redes del pescador, y si no hay tales frutos, de todos modos la compraventa quedó firme y el precio que pagó fue legítimamente adquirido por el vendedor, o si no lo pagó todavía, debe pagarlo el comprador aunque haya quedado frustrado su propósito de adquirir tales frutos o bienes futuros y que no llegaron a ser. Esta es una venta peculiar, con carácter aleatorio y algunos autores, como Longo, no admiten que sea propiamente una compraventa sino un contrato innominado.

Esta venta de la suerte o de la esperanza puede producirse porque las partes han manifestado expresamente su voluntad en tal sentido, o porque "por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte", como dice el artículo 1752. Entonces habrá que remitirse los usos y costumbres comerciales, puesto que la "naturaleza del contrato" depende propiamente de lo que determinen las partes, y si no han determinado expresamente, se entiende que se remiten a la costumbre concreta sobre este género de transacciones.

23.5. Generalmente en la venta de cosa que actualmente no existe, se tiene la intención de comprar un cosa futura, es decir, que existirá o se espera

que exista más adelante; pero también cabe que la existencia o no existencia sea simplemente desconocida por las partes o que estén en un error al creer que algo existe y en realidad no es así.

El error en cuanto a la existencia de la cosa está previsto en el artículo 1753: "La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no surte efecto alguno. Si faltaba una parte considerable en ella al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador, a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación. El que vendió a sabiendas lo que en todo o en parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe".

De este modo, se plantean tres hipótesis diversas: ambos contratantes estaban en el error en cuanto la existencia del objeto, y obraron de buena fe, el vendedor estaba equivocado pero ambos actuaron de buena fe, el vendedor actuó a sabiendas de que no existía la cosa o una parte considerable de ella, mientras que el comprador estuvo de buena fe.

Si ambas partes creían que existía una cosa y realmente no existe, no hay contrato de compraventa. Por ejemplo, se vende una mercancía que se cree que está en viaje a bordo de un barco, y posteriormente se descubre que el barco se había hundido antes: comprador y vendedor incurrieron en un error inculpable y el contrato resulta imposible, por lo cual ninguno está obligado a nada.

Si el vendedor incurrió en error inculpable, es decir, estuvo de buena fe al creer que vendía algo existente y resulta que no existe la cosa, tampoco hay contrato, pero el vendedor no está obligado a indemnizar al comprador.

La obligación de indemnizar surge cuando el vendedor actuó "a sabiendas de que el todo o parte considerable no existía", es decir, de mala fe, mientras que el comprador estuvo de buena fe. Parece casi imposible la mala fe por parte del comprador: ¿qué interés podría tener en comprar algo que sabe que no existe? Sin embargo, con estricta lógica, el Código exige la buena fe del comprador para que pueda exigir la indemnización por parte del vendedor de mala fe.

3.6. Además de la falta total del objeto, se prevé en el artículo 1753, la inexistencia de "una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse el contrato", y entonces, "podrá el comprador a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación". Hemos de suponer que esta hipótesis implica igualmente la buena fe de ambas partes, ya que sería inicuo que el comprador que hubiera obrado "a sabiendas" tuviera este derecho de opción que no se reconoce al vendedor: dejar en vigencia el contrato o desconocerlo.

Una sentencia ha declarado que no cabe acción resolutoria si hubo contrato válido; y no es válida la venta de cosa inexistente o ficticia; por eso, en el contrato simulado no cabe resolución. En este caso se supone que las partes fingieron la existencia de algo y no se reconoce el derecho del comprador de beneficiarse, a su arbitrio, del contrato.

La apreciación de lo que ha de considerarse por "parte considerable" de la cosa, debe hacerse según la intención que las partes tuvieron al contratar, y, si ésta no aparece del contrato, se interpretará según el sentido común, la costumbre o los usos comerciales. La finalidad para la cual se ha hecho la compra iluminará este punto. Así, en un sentencia se rescindió la compraventa de un terreno urbano de 231 metros cuadrados, al haberse comprobado que por una afectación dispuesta en el plan regulador de la ciudad, se reducía a 46 metros cuadrados y por esta dimensión y su forma, no permitía ninguna edificación; el comprador desconocía tal afectación y no debía quedar perjudicado por la adquisición de algo absolutamente inútil, equiparable a lo que no existe.

23.7. El **Código de Comercio**, al igual que el Civil, declara que la compraventa de cosa inexistente no vale (Art. 182), pero agrega: "si tal compra fuere hecha tomando en cuenta los riesgos que corre el objeto vendido, el contrato se reputará puro, si al celebrarlo ignoraba el vendedor la pérdida del objeto". Es decir, que se exige, lo mismo que en el contrato civil, la buena fe del vendedor y se admite el carácter aleatorio, excluyéndose la condición suspensiva, cuando se ha previsto los riesgos de pérdida del objeto: las partes conocían tales riesgos y resolvieron obligarse, luego, hay que reconocer la validez de tal contrato y las obligaciones que de él nacen. Esto se produce frecuentemente en las compras de mercancías en tránsito,

ya embarcadas y sujetas al riesgo de un naufragio, aunque normalmente se contrata un seguro que cubre los riesgos de pérdida total o parcial.

24. Venta de cosa ajena

24.1. La finalidad que normalmente se proponen las partes que contratan una compraventa consiste en hacer que el comprador llegue a ser propietario de una cosa, por la que paga un precio. Este natural destino de la compraventa hace que, asimismo de manera normal, natural, el vendedor sea dueño de la cosa que se vende, porque, en principio, nadie da lo que no tiene.

Sin embargo, las variaciones que ha sufrido históricamente el contrato de compraventa y los diferentes sistemas actualmente vigentes, hacen posible la venta de una cosa ajena: el vendedor puede no ser dueño, sea en el momento en que se verifica el contrato, o aún en tiempo posterior aunque anterior a la entrega de la cosa, o, finalmente puede carecer del dominio en ese momento terminal, de cumplir el contrato y transmitir la posesión de lo vendido. La venta de cosa ajena, asume así características diferentes, según se considere uno u otro momento para apreciar el dominio del vendedor.

En el derecho romano primitivo, la compraventa tenía la función de colocar al comprador en **posesión** de la cosa; la transferencia del dominio se verificaba por otros medios, que variaban según la categoría de la cosa vendida *(res mancipi o nec mancipi)*, a la que correspondían unos modos solemnes de transmisión de la propiedad *(mancipatio, in iure cessio, usucapio)*, o bien la entrega material de la cosa, a través de los cuales se producía la *traditio* y la adquisición de la propiedad por el comprador.

Posteriormente se simplificaron los modos de adquirir, pero se mantuvo y se consolidó el sistema de los dos coprincipios: el título y el modo, necesarios para la transferencia del dominio. El título es la causa, cusa remota, que justifica la transferencia; y el modo produce el efecto de la transferencia del dominio. En esta concepción, la compraventa es un título y como contrato, da origen únicamente a obligaciones: primeramente la de transferir el dominio, lo cual se verifica mediante el correspondiente "modo".

Este sistema encontró amplia acogida en todo el derecho antiguo y medieval, en toda Europa.

En el Código de Napoleón se introdujo una novedad en esta materia: la adquisición por el mero consentimiento de las partes, mediante el sólo contrato. Ciertamente que en el derecho romano se encuentran antecedentes de este sistema, pero en su concreción moderna, parte propiamente del Código francés, y fue seguido por los derechos de Italia y otros países, como Portugal, en su moderno Código de 1966.

El Código Civil alemán, elaborado durante más de medio siglo y que entró en vigencia el 1 de enero de 1900, optó por el sistema radicalmente opuesto al francés: la transferencia del dominio es rigurosamente formal y abstracta, independiente de un contrato previo.

Los sistemas francés y alemán han influido notablemente en la elaboración doctrinaria y jurisprudencial y han inspirado a numerosas legislaciones contemporáneas, aunque en definitiva no se suele seguir ninguno de los dos hasta sus últimas consecuencias. Más bien, tanto en Alemania como en Francia, se han encontrado paliativos para los extremos de uno y otro sistema, aproximándose así el uno al otro.

En algunos países, como España, en los que se han conservado el sistema clásico que distingue el título y el modo, se ha notado también la influencia de los sistemas francés o alemán, y las interpretaciones de la ley han llegado a distorsionar el texto del propio Código, hasta llegar a dudarse de si se mantiene o no la distinción del título y el modo.

24.2. En el Ecuador se han dejado sentir estos vaivenes de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación de otros países, y nuestro Código Civil aunque claramente inspirado en el sistema del título y del modo, también ha sido interpretado de diversas maneras por el influjo de las doctrinas que se acaban de exponer brevemente.

En el estado actual del derecho, se presentan fundamentalmente **tres sistemas** en cuanto a la relación entre la compraventa y la transferencia del dominio y de esto depende la solución que se de al problema de la venta de cosa ajena:

1. Si se sigue el **sistema tradicional** y se considera la venta simplemente como contrato que origina obligaciones, es entonces un "justo título" que autoriza y obliga a transferir el dominio mediante el modo, que es la tradición o entrega de la cosa. En tal caso, si el vendedor no es propietario de la cosa al momento de la venta, se **obliga a transferir** el dominio mediante el modo, que es la tradición o entrega de la cosa. En tal **caso,** si el vendedor no es propietario de la cosa al momento de la venta, se obliga **a transferir** la cosa al comprador y para cumplir esta obligación, deberá adquirir el dominio. Si adquiere el dominio oportunamente, cumplirá la obligación por el modo de la **tradición,** la cual en el caso de cosas muebles consiste generalmente en la **entrega** de la cosa; y si se trata de inmuebles, se verifica por medio de la **inscripción** en el Registro de la Propiedad. Este sistema permite, pues, la venta de cosa ajena y así lo declara nuestro **Código Civil**;
2. En el sistema **francés,** seguido por Italia, Argentina, Venezuela, México, Holanda, Portugal, etc., la transferencia del dominio se realiza mediante el contrato, por el sólo consentimiento, con independencia de la entrega de la cosa, lo cual origina la prohibición de vender cosa ajena, ya que no cabe transmitir una propiedad que no se tiene actualmente. Como las relaciones económicas imponen, sin embargo, muchas veces la necesidad de proyectar la transmisión del dominio de cosas que aún no se tienen pero que se espera adquirir, el sistema francés ha encontrado algunas excepciones o procedimientos para contraer estas obligaciones, y la compraventa muchas veces se reduce a un promesa de venta o se considera una venta bajo condición suspensiva. A través de estos procedimientos, el sistema francés se aproxima considerablemente al primer sistema y aunque contiene la expresa prohibición de la venta de cosa ajena, da lugar a múltiples excepciones al punto que han dicho algunos que estas excepciones son la verdadera regla general, en contradicción al texto del Código Napoleón y sus derivados;
3. El sistema **alemán**, formal y abstracto, prescinde de la causa de transferencia: basta que se produzca la entrega o tradición de la cosa, cumplidas las formalidades correspondientes a cada especie de cosas (y por esto, mediante la inscripción en el Registro, si se trata de inmuebles), para que se produzca la transferencia del dominio. De esta suerte, la compraventa no produce obligaciones, sino que coincide con el momento de la transferencia del dominio pero se puede vender tanto lo propio como lo ajeno. Esta solución legal se inspiró en el deseo de fa-

cilitar el tráfico, el intercambio de bienes, sin tener que analizar el derecho del vendedor; pero, evidentemente, conduciría a situaciones de injusticia, al perjudicarse los derechos de terceros y del mismo comprador si se aplicara el sistema en todo su rigor. Ha sufrido también modificaciones por obra de la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de que también en Alemania se habla de abandonar el sistema del Código, que por las numerosas excepciones tampoco resulta la verdadera regla general.

24.3. Analizando brevemente estos tres sistemas, se llega a la conclusión de que el clásico y seguido por nuestro Código Civil de 1862, no sólo resulta el más **equilibrado** sino también el más conforme a las tendencias contemporáneas de la doctrina civilista. Esto no significa, que sea perfecto ni que se excluyan dudas e inconvenientes, que han producido algunas variaciones y hasta contradicciones en la jurisprudencia nacional.

El artículo 1754 del Código Civil dice: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo". El mero análisis literal de este artículo lleva a algunas **conclusiones** importantes: que se sigue el "sistema del título y del modo"; que la compraventa solamente origina, como contrato que es, obligaciones; que el contrato obliga a las partes pero no a terceros, y principalmente, no afecta al verdadero dueño (supuesto que no lo es el vendedor); sin embargo, el efecto puede afectar al mismo verdadero dueño por "el transcurso del tiempo", es decir, por la usucapión o prescripción.

24.4. En concordancia con lo dispuesto en el Código Civil, nuestro Código de **Comercio** establece en el artículo 169 que la venta de la cosa ajena es válida, pero agrega "y obliga al vendedor a adquirirla y entregarla al comprador, so pena de resarcimiento de daños y perjuicios". De este modo el Código de Comercio se centra en las relaciones entre el vendedor y el comprador, mientras que el Código Civil se refiere al derecho del verdadero dueño, que queda a salvo mientras no se extinga por prescripción. Nuestros dos códigos se complementan. Muy distinta es la situación de Francia, Portugal y otros países que, siguiendo el criterio de la nulidad de la venta de cosa ajena en sus códigos civiles, admiten la validez en los códigos de comercio. Más congruente resulta nuestro sistema.

O sea que se acepta la validez de la venta de cosa ajena porque se concibe la compraventa como un **contrato que produce obligaciones:** la de transmitir la propiedad, en primer lugar, y la de pagar el precio. Esto aparece expresamente dicho en el artículo 169 del Código de Comercio, pero también se desprende de toda la estructura del Código Civil en lo que atañe a la compraventa.

Si el vendedor no es propietario de lo que vende, contrae la obligación de adquirir la cosa, y si no lo logra, tendrá que indemnizar por el incumplimiento culpable del contrato.

De esta manera se facilita el tráfico de bienes y se guarda la equidad. Como el interés de facilitar el tráfico de bienes es mayor en el campo comercial que en el civil, se explica porque las leyes civiles de algunos países prohíben la compraventa de cosa ajena y al mismo tiempo la permiten en los contratos netamente comerciales.

24.5. En estos países en los que no se admite la validez de la cosa ajena, se tiene que recurrir a ciertas excepciones o ciertos procedimientos indirectos para lograr el conveniente servicio a los intereses del mercado. Así, cuando se conoce que la cosa es ajena pero se da la orden de comprarla; si entrega de buena fe el poseedor de la cosa mueble; en el caso del heredero aparente.

24.6. En cuanto al **verdadero dueño** de la cosa, los efectos del contrato no le pueden perjudicar: **no son oponibles** contra él; no está obligado a entregar la cosa al comprador y puede reivindicarla si de hecho está en manos del vendedor o del comprador. Pero hay excepciones a favor del adquirente de buena fe: el que compra muebles no robados ni perdidos, puede rechazar la acción reivindicatoria; el poseedor de buena fe hace suyos los frutos y puede adquirir la cosa por prescripción. La venta nula por razón de no ser propietario el vendedor, puede convalidarse por ratificación del propietario, o bien porque el vendedor adquiera (por sucesión, compra, etc.) con posterioridad. Una vez convalidada, el comprador no puede pedir la nulidad.

24.7. El derecho francés declara nula la compraventa de cosa ajena, porque en su sistema la transferencia del dominio se produce inmediatamente,

por el simple acuerdo de las partes, por el contrato. Sin embargo de la prohibición, se producen algunos efectos interesantes: 1. Da derecho al comprador a pedir la nulidad de la venta, antes de la amenaza de evicción; 2. Se establecen los daños y perjuicios que se deberán indemnizar; 3. Da derecho a los frutos de la cosa vendida; 4. El comprador puede llegar a adquirir por prescripción; y, 5. Si el vendedor adquiere posteriormente la cosa, se perfecciona el derecho del comprador con efecto retroactivo.

24.8. También el sistema italiano prohíbe la venta de cosa ajena (aunque lo permitía el ya derogado Código de Comercio). Pero se entiende que lo que se prohíbe es pretender transmitir lo que no se tiene, en cambio no hay inconveniente de comprometerse a adquirir y entonces transferir la propiedad. Una notable excepción es la del artículo 534, según el cual es válida la adquisición a título oneroso con buena fe, de una cosa del heredero aparente aunque éste lo fuese de mala fe.

Estas disposiciones de sistemas extranjeros, están centradas en un sentido de equidad y se puede constatar que, a pesar de partir de un punto de vista totalmente contrario del que sigue nuestro Código, coinciden en notable parte en la solución práctica de los problemas que se presentan habitualmente.

24.9. En el plano de la **doctrina** y con referencia a los mismos sistemas ya indicados. Rezzonico destaca que la venta de cosa ajena no afecta al verdadero propietario, para él es *res inter alios gesta*, absolutamente nula y no le obliga a nada. Puede el dueño ratificar, y entonces hace suyo el negocio ajeno. Si no ratifica y el adquirente de buena fe está en posesión de la cosa, el dueño no podrá reivindicarla en estos tres casos: 1. Si ha transcurrido el tiempo para la *usucapio* y el comprador ha adquirido por prescripción la cosa, poseyéndola por el tiempo prescrito por la ley; 2. Si se trata de cosas "no robadas ni perdidas" que hayan sido adquiridas de buena fe y pagando el justo precio a la persona que poseía por encargo del demandante, como depositario, locatario, comodatario, etc., 3. Si se trata de ventas hechas por el heredero aparente a un comprador de buena fe. En estos casos no funciona la nulidad y el verdadero dueño sólo puede demandar al vendedor indemnización de daños y perjuicios que le ha ocasionado la venta de cosa que no puede reivindicar.

24.10. Tienen mucha razón quienes observan que las excepciones admitidas por los sistemas que declaran nula la venta de cosa ajena, son tan amplias que realmente desvirtúan la prohibición y podría hablarse de que la regla general es más bien la validez y no la nulidad. El nervio del problema consiste en que el derecho no puede impedir que los contratantes dispongan de común acuerdo postergar la transferencia del dominio para un momento posterior al del contrato, aunque los sistemas derivados del francés declaran que esa transferencia se produce normalmente por el sólo contrato.

24.11. Para obviar la dificultad, admiten varios procedimientos: la venta bajo condición suspensiva, la promesa de venta; la venta con reserva de dominio, etc. En los sistemas clásicos como el seguido por Andrés Bello y que sigue en vigencia en Chile, Colombia, Paraguay; Ecuador y otros países, por el contrario, se parte de la validez de la venta ajena y más bien se delimitan sus efectos, tomando también en cuenta a la buena o mala fe de las partes y se ponen a salvo los derechos del verdadero dueño, dentro de ciertos límites.

24.12. En nuestro sistema es básica la **distinción entre compraventa y enajenación**; entre título y modo de adquirir; entre simples obligaciones personales y constitución o transferencia de un derecho de propiedad, derecho real.

Declarar, como declara el artículo 1754 de nuestro Código Civil que la compraventa de cosa ajena vale, no significa que la enajenación de cosa ajena vale, porque una cosa es vender y otra, enajenar.

El artículo 698 del mismo Código dice: "Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición". Por consiguiente, la compraventa, que es **título** para adquirir la propiedad, permite que realmente se adquiera, siempre que se produzca legalmente el **modo,** que generalmente será la tradición. La tradición será posible si el vendedor es propietario o si llega a ser propietario; si lo es desde el primer momento, ya entonces puede transferir la propiedad; si

adquiere después la propiedad, solamente entonces podrá transferirla, pero el comprador la adquiere con **efecto retroactivo** al momento de su título, al momento de la compraventa.

El artículo 699 agrega que: "La tradición da al adquirente, en el caso y del modo que las leyes señalan, el derecho de **ganar por prescripción** el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. Por ejemplo, el tradente estará imposibilitado de adquirir por prescripción, si es condómino con otros, porque al poseer, posee en su nombre y en nombre de los condóminos; en cambio, el que ha recibido de buena fe la cosa, puede poseerla en su integridad y exclusivamente, llegando a adquirirla por prescripción.

24.13. De estas disposiciones se desprende que la **buena fe** indispensable no consiste necesariamente en ser propietario al momento de vender, sino en tener motivo para poder obligarse a transferir la propiedad de la cosa que se vende, aunque actualmente no se tenga su dominio.

24.14. Desde luego, se excluyen en absoluto las situaciones que constituyen **delito**: los fraudes, engaños, convenios colusorios, contratos dolosos, con la intención de perjudicar sea al otro contratante o a terceros y fundamentalmente al verdadero dueño de la cosa.

Una sentencia de la Corte Suprema declara que "a los delitos contra la propiedad, no cabe aplicar la doctrina civil de que vale la venta de cosa ajena; de aplicarse se produciría el absurdo jurídico y social de que los delincuentes, por el sólo hecho de vender las cosas robadas, estafadas o hurtadas, quedarían exentos de responsabilidad y sin ninguna represión de los hechos punibles cometidos".

24.15. El artículo 1502 del Código Civil señala los efectos de la revocatoria, la resolución o rescisión de una donación, frente a terceros que pueden haber adquirido del donatario. La revocatoria de la donación no afecta a dichos terceros, es decir que aunque hayan adquirido de quien no era dueño, continuarán en posesión de sus cosas, salvo en tres casos: 1. Cuando en la escritura de donación, debidamente inscrita, se ha prohibido enajenar la cosa; 2. Cuando antes de la enajenación se ha notificado a los terceros, la intención de revocar la donación; 3. Cuando se ha procedido a enajenar,

después de intentada la acción de revocación. En los tres casos, los **terceros pueden estar debidamente advertidos y por esto no adquieren de buena fe**, por lo cual el verdadero dueño puede reivindicar la cosa que fue enajenada por el donatario, por ejemplo, mediante venta. Esta venta de cosa ajena, tiene especiales efectos cuando la cosa vendida procedía de una donación al vendedor, donación que fue revocada, resuelta o rescindida. Por tanto, este artículo, como muchos otros, pone a salvo la exigencia de la buena fe para que se produzca el efecto normal de la venta.

24.16. La misma buena fe se pide en los casos de venta de una **cosa que se consideró debida, sin serlo**. El artículo 2202 dice: "El que de buena fe ha vendido una especie que se dio como debida, sin serlo, está sólo obligado a restituir el precio y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le haya pagado íntegramente. Si se hallaba de mala fe cuando hizo la venta, estará obligado como todo poseedor que ha dejado de poseer". Parte el Código de la suposición de que quien recibió algo que no se le debía, tiene justa causa de error y debe presumirse su buena fe; protege al tercero adquirente mediante la restitución del precio que hay pagado, pero no impide la reivindicación de la cosa por parte del verdadero dueño. En cambio, si el vendedor actuó de mala fe, su responsabilidad se acrecienta, como es justo.

El artículo 2203 establece: "El que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe, a título oneroso; pero tiene derecho para el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya, si la especie es reivindicable y existe en su poder. Las obligaciones del donatario que restituye son las mismas que las de su causante, según el artículo 2201". Queda claro que el dueño puede reivindicar cuando la cosa ha pasado a un tercero por donación u otro título "lucrativo"; no puede reivindicar, si la cosa pasó al tercero de buena fe por título "oneroso", como es la compraventa. La venta permite que el tercero de buena fe adquiera la cosa, y el dueño solamente tendrá que ser indemnizado por parte de quien le perjudicó.

24.17. Parecidas son las hipótesis planteadas en los casos de **depósito, comodato, prenda** y otros derechos análogos.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

El artículo 2136 parte de la hipótesis de que los **herederos** de una persona hayan vendido una cosa pensando en que perteneció al difunto, siendo así que se trataba de un bien ajeno del cual solamente era depositario: "Si los herederos, no teniendo noticia del depósito, han vendido la cosa depositada, el depositante, no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz, podrá exigirles que restituyan lo que hayan recibido por dicha cosa, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan". En este artículo se aprecia cómo el derecho protege la buena fe: los herederos que han actuado creyendo razonablemente que vendían algo de su propiedad, no están obligados más que a la restitución del precio, o a ceder las acciones para que el verdadero dueño recaude su cosa. Por otra parte, el propietario no pierde su derecho: puede intentar la acción reivindicatoria, aunque en algunos casos no será posible, como cuando se trate de bienes muebles no identificables o que realmente hayan pasado a propiedad del comprador, por su buena fe, o que hayan sido ya adquiridos por otro en virtud de la usucapión. Nótese que el artículo transcrito, se refiere no sólo a la venta, sino a la "enajenación". Nótese que el artículo transcrito, se refiere no sólo a la venta, sino a la "enajenación", que es consecuencia de la venta y admite el efecto alienante de la venta hecha por los herederos, venta de cosa ajena. El dueño, el depositante, puede optar por intentar la reivindicación o reclamar el precio a los herederos vendedores, esto se le concede "si no puede o no quiere" reivindicar, es decir siempre: es una opción incondicional.

24.18. A propósito de la reivindicación de la cosa vendida por quien no era su dueño, el artículo 934 establece que "exceptúanse las **cosas muebles** cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.- Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla". Luego, la cosa ajena que fue vendida, puede ser reivindicada, por regla general, pero con la excepción indicada en el artículo 934, que a primera vista parece una excepción absoluta; y en realidad no lo es, ya que no impide siempre la reivindicación: el dueño de la cosa vendida en almacén, etc. puede reivindicarla si reembolsa lo que haya pagado el comprador más los gastos necesarios y útiles. Por tanto, no prevalece el título del poseedor que compró, sino el derecho del propietario, que puede recuperar la cosa vendida por otro.

24.19. Ese derecho del propietario es limitado, ante todo, en el tiempo: el poseedor de buena fe puede adquirir por **prescripción ordinaria** y aún si falta la posesión regular, transcurridos quince años de posesión tranquila y no interrumpida, el comprador adquirirá por prescripción extraordinaria. Si la cosa ha sido sucesivamente vendida a otras personas, el tiempo de la posesión puede sumarse, pero las simples nuevas ventas no hacen desaparecer el derecho del propietario hasta que se cumpla el tiempo total de la prescripción.

24.20. La venta de cosa ajena se produce no solamente en los contratos que libremente realizan las partes, sino que puede suceder también en la **venta forzada**, por orden judicial, como cuando el juez ordena vender todos los bienes de una persona desaparecida, pasado cierto tiempo; o los bienes de una herencia yacente, entre los cuales pueden estar confundidas cosas que pertenecen a otra persona distinta del causante.

Si se embargan bienes del deudor en un juicio ejecutivo y se procede a su remate, no se excluye el riesgo de vender en pública subasta bienes cuyo dominio corresponde a un tercero; éste podrá reclamar e interponer una tercería excluyente de dominio, hasta que se consume el remate; pero una vez inscrito el decreto de adjudicación al mejor postor, éste adquiere a título de compra. La intervención del magistrado y la posibilidad que tiene el verdadero dueño de defender su propiedad, conducen a pensar que una vez adquirida la cosa por el rematante, ya no podrá reivindicarla el primitivo propietario. La jurisprudencia en este punto ha manifestado cierta fluctuación, resolviendo en el indicado sentido en unos casos, pero permitiendo, en otros, la reivindicación.

Otros casos presentan especial dificultad en esta materia, como el de las ventas sucesivas. Una compañía importadora vendió un auto con reserva de dominio; el comprador A, lo vendió a B, y B a C. Ni A ni B eran dueños y no podían enajenar lo que no habían adquirido. La compañía obtuvo la aprehensión del vehículo. C tiene derecho de que B le restituya lo que pagó y B puede reclamar a A. No hubo en este caso una acción de saneamiento porque se consideró que C nunca fue propietario, ni se le demandó para que pudiera llamar a su vendedor a saneamiento.

24.21. Las frecuentes ventas irregulares hechas por **uno solo de los cónyuges**, de bienes de la sociedad conyugal, sin la intervención ni la autorización del otro cónyuge, han sido interpretadas de diversas maneras: como contratos nulos por falta de consentimiento; como nulos por falta de requisito de forma consistente en la intervención de ambos cónyuges; como venta de cosa ajena, porque los bienes de la sociedad conyugal forman como un patrimonio especial que debe ser administrado por uno de los cónyuges y enajenado con la participación de ambos. La consecuencia de interpretar de una u otra manera es que se podrá o no presentar la acción de nulidad (si es absoluta, por cualquier persona, y si relativa, solamente por aquel en cuyo beneficio se estableció la prohibición), o se considerará el acto no oponible contra la sociedad, o, finalmente, del todo válido. En la situación actual de nuestro derecho, la solución correcta es la de asumir estas ventas como viciadas de nulidad relativa, ya que esta es la norma que se prefirió en las últimas reformas legales.

24.22. La venta de cosa ajena adquiere especial relieve en los casos de **doble venta** por parte de un mismo vendedor. Estos eventos se producen con alguna frecuencia y, naturalmente, si el vendedor dejó de ser propietario después de la primera venta, y en la segunda está disponiendo de cosa ajena. La cuestión se reduce a saber si realmente se pierde la propiedad por la compraventa y cuando se la pierde. Ya hemos dicho que el contrato simplemente produce obligaciones: la de transferir la propiedad es la principal obligación del vendedor, y normalmente se cumple con la entrega o tradición de la cosa, que puede incluso coincidir con el momento de la celebración del contrato; esto es lo que habitualmente sucede con los muebles, que una vez concertado su precio se entregan al comprador; y en el caso de los inmuebles, la tradición se efectúa por la inscripción de la escritura de venta en el Registro de la Propiedad, sin que sea necesaria la entrega material, física, del inmueble, que puede hacerse después o puede haberse verificado antes.

Si alguien vende una cosa a una persona, queda obligado a transferirle a ésta el dominio, y no parece razonable que después de contraer esta obligación se vincule nuevamente con un tercero a quien vende nuevamente la misma cosa; pues esto supone o bien comprometerse a dejar sin valor el primer contrato o bien, a readquirir del primer comprador la cosa vendida. Ciertamente que estos supuestos son posibles, pero de difícil realización.

Lo más frecuente será que quien vendió por primera vez la cosa, al hacer la segunda venta está desconociendo la obligación anteriormente adquirida, está procediendo de mala fe y procurando perjudicar al que ya adquirió el derecho de llegar a ser propietario. Se agrava esta situación, si realmente el primer comprador ya es propietario por haber recibido la cosa mediante la entrega o tradición.

Aquí, como en las hipótesis anteriormente analizadas, lo primero que hay que descartar es la validez de un contrato de mala fe. Si el vendedor obra dolosamente no puede de ninguna manera beneficiarse de su propio dolo. Igualmente, si el segundo comprador conoce que el contrato va a perjudicar al primer comprador o a otra persona, no puede sacar ninguna ventaja de una compraventa que será nula por el dolo y la falta de causa lícita.

Cabe admitir que en ciertos casos habrá buena fe de ambas partes, por un error excusable en cuanto a la propiedad de la cosa, o por el legítimo interés de obligarse a que la cosa ajena sea adquirida por el vendedor y transferida legalmente al comprador, sin perjuicio de nadie. Entonces lo que interesa es determinar exactamente, cuando deja de ser propietario el vendedor.

La solución de este problema es muy clara en la legislación del Ecuador: existiendo un justo título -como lo es la compraventa-, se transfiere el dominio por el "modo", que es la tradición, y ésta consiste normalmente en la entrega material de la cosa, aunque puede realizarse de otras maneras y el caso específico de los inmuebles, por la inscripción en el Registro de la Propiedad.

La dificultad práctica puede surgir respecto a la prueba de cual de estos actos fue anterior o sobre la validez de alguno de ellos.

A este propósito, el artículo 1757 dispone: "Si alguno vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Si ha hecho la entrega a los dos, aquél a quien se haya hecho primero será preferido. Si no se ha entregado a ninguno, prevalecerá el título más antiguo".

Por consiguiente, esta disposición se encuadra dentro de todo el sistema civil ecuatoriano, por el cual el mero contrato no transfiere el dominio. Hay que averiguar cual de los dos compradores adquirió el dominio, ya que éste excluirá al segundo, quien habrá comprado cosa ajena.

Si se trata de muebles, hay que demostrar cual de los dos compradores la recibió antes. Supongamos que un agricultor entrega las llaves del granero en el que se guarda la cosecha de maíz que ha vendido a un comprador A, y posteriormente hace trasladar ese mismo maíz a la finca de un segundo comprador B. Indudablemente, si se prueba que precedió la entrega al comprador A, mediante la entrega de las llaves, la segunda venta será nula, además de constituir un fraude y merecer la correspondiente sanción penal. Pero si, en una feria o en un almacén, se conviene la venta de una maquinaria a favor de A, y el mismo día, en circunstancias iguales se la da en venta a B, y ambos compradores se les ha entregado un juego de llaves y de documentos de propiedad, sin que ninguno de los dos haya retirado materialmente la máquina del local comercial, el asunto resulta muy confuso: ¿cómo probar que uno de ellos adquirió y excluye al segundo? El fraude del vendedor es evidente y merece la sanción penal, pero no será fácil demostrar que uno u otro comprador haya realmente adquirido.

24.23. Respecto de inmuebles parece más difícil que se produzca una doble tradición, una doble inscripción de escrituras en el Registro de la Propiedad, puesto que el Registrador se negará normalmente a realizar una segunda inscripción de venta de un bien raíz del cual ya no es propietario un individuo, por haberlo vendido anteriormente y haberse inscrito esa venta. Sin embargo, por error, por oscuridad de la descripción del fundo y sus linderos, o por una actuación colusoria se puede llegar hasta estos extremos. La duda puede surgir también por acaecer circunstancias que modifiquen el derecho de propiedad entre el momento de la venta y el de la inscripción, como la partición de bienes.

Una sentencia ha resuelto: "Efectuada con anterioridad a la partición, la venta de un terreno que forma parte de los bienes de una herencia, la venta se consolidó con la adjudicación del terreno al vendedor, (fallecido después de la venta) y por éste a sus herederos; mediante venta posterior hecha por los herederos del vendedor, ellos no pudieron transmitir al demandante un derecho de propiedad del que carecían; derecho que desde

antes que efectuaren la venta a favor del actor, radicaba en la persona del actual poseedor y demandado, por la inscripción anterior del título".

A diferencia de la sentencia parcialmente transcrita, en la que de manera nítida y segura se aplica la ley, en otros casos se ha producido cierta fluctuación o inseguridad, por la dificultad de establecer el real momento de la adquisición del inmueble, contrastando por una parte la prueba de la inscripción, con la de la entrega material del bien raíz. Para ilustrar este problema, valga transcribir las siguientes resoluciones de la Corte Suprema:

"La venta de cosa ajena si vale para el efecto de crear obligaciones personales entre el vendedor y el comprador, no transfiere el derecho real de dominio, conforme a los artículos 652 y 1783, sino la mera expectativa de adquirirlo, en caso de realizarse las circunstancias contempladas en esos artículos, de que el vendedor tradente adquiera después el dominio. Si bien los artículos citados dan a la venta y tradición de la cosa un efecto retroactivo, en cuanto a la transmisión del dominio, para el caso de que el vendedor tradente lo adquiriese después; tal efecto retroactivo sólo tiene lugar cuando el mismo vendedor tradente el que adquiere el dominio o lo adquiere el sucesor hereditario por un título dimanante del causante, mas no cuando el sucesor lo adquiere por un título distinto, porque no se trata de un derecho u obligación transmisible al heredero, sino de una condición legal que ha de cumplirse en vida del vendedor y que caduca con su muerte. La venta de cosa ajena no impone al vendedor la obligación de entregar la cosa, porque esta obligación sería imposible de cumplirse legalmente, puesto que la esencia de la tradición radica en la entrega que el dueño de la cosa hace a otro, habiendo facultad de transferir el dominio. De esto se deduce que si el vendedor no estuvo obligado a la entrega, tampoco transmite la obligación al heredero en representación d aquel y por causa que dimane del mismo, tampoco surten los efectos señalados en los artículos 652 y 1783 en orden a la transmisión retroactivo del dominio". Voto salvado del Dr. Manuel Ramón Valarezo: "En ninguna ley se puede fundar la conclusión de que en la venta de cosa ajena, el vendedor no contrae la obligación de entregar la cosa vendida; conclusión abiertamente contraria a la definición esencial de la compraventa que se contiene en el artículo 1756. Si al tiempo en que el comprador exige al vendedor el cumplimiento de aquella obligación, alega el segundo la imposibilidad proveniente de ser ajena la cosa vendida, esta alegación producirá los efectos que fueren de

derecho, según los casos; pero estos mismos efectos presuponen la existencia de la referida obligación de entregar la cosa vendida. Tampoco hay ley ni principio de derecho en que fundar la conclusión de que este deber del vendedor no sea transmisible a sus herederos universales que acepten la herencia; pues no se trata de una obligación que requiera esencialmente la existencia personal del obligado". Si bien la sentencia de la mayoría está en lo justo al distinguir el efecto meramente de obligaciones de la compraventa, más acertado es el criterio del voto salvado en cuanto afirma que la obligación -inherente a la compraventa- de entregar la cosa, pasa a los herederos y que, si resulta imposible de cumplir, tendrá el vendedor o tendrán sus herederos que indemnizar debidamente al comprador.

En otro juicio se resolvió: "2. Ante el juez Sexto de lo Civil de Manta, comparece el Abogado Zambrano, en su condición de apoderado de Rhea y manifiesta que su poderdante es legítimo propietario de un solar ubicado en Manta, cuya linderación especifica. Que este inmueble adquirió por compraventa a los señores Rhea Toapanta y Toapanta Carrera. Que cuando viajó a la ciudad de Manta el 23 de abril de 1986, encontró que su solar estaba ocupado por el Sr. Álava, quien ha destruido las cercas de caña y madera y ha construido una cerca de ladrillo con columnas de hormigón. Que por lo expuesto, basado en el artículo 953 del Código Civil, demanda en juicio reivindicatorio al Sr. Álava la restitución del inmueble de su propiedad. 3. Citado el demandado, propone las excepciones siguientes: a) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Que el predio que pretende reivindicar no es el mismo adquirido por él, al Sr. Abad, ya que existen claras diferencias en las medidas y los linderos, por lo cual la demanda es improcedente; c) Que su derecho está respaldado mediante título de dominio regular y anterior al pretendido título que alega la parte actora; d) Que examinado el título que respalda el derecho del actor se encuentran omisiones en las que incurrieron tanto el notario como el registrador de la propiedad de Manta, por lo cual no se ha producido transferencia alguna de dominio; e) Que por poseer título de buena fe entró en posesión material del predio en el cual ha construido algunas obras por un costo no menor a cuatro millones de sucres; f) Que está amparado por el artículo 1784 del Código Civil por el hecho de haber entrado en posesión inmediata del terreno después de haber inscrito el título. 4. El Sr. Abad en su escrito, entre otras cosas, manifiesta: "bajo ninguna circunstancia ha existido de mi parte un acto de mala fe al tratar

de vender el mismo predio a dos personas. Seguramente por ser dueño de un sinnúmero de lotizaciones, el personal que tiene a su cargo la venta de terrenos, procedió en forma equivocada a vender a dos personas el lote que es materia del presente juicio. 5. La escritura de compraventa del terreno materia de la litis que adjunta el actor tiene fecha 5 de mayo de 1986, en tanto que la escritura que presenta el demandado está fechada 29 de junio de 1984, es decir que el título que presenta el accionado es anterior con dos años de diferencia al que presenta el actor. 6. El artículo 1784 declara al respecto: 'si alguno vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro'. 7. De la lectura del proceso se desprende que el demandado mandó levantar un cerramiento con ladrillos y cemento en el terreno que adquirió al Señor Abad. Por lo expuesto se confirma la sentencia venida en grado". Observamos que la Corte da importancia decisiva a la posesión material y debió hacer hincapié en que el demandado inscribió antes su título y como consecuencia de esa tradición procedió a efectuar actos de posesión efectiva. Parece ser que la Corte admitió la buena fe del vendedor que incurrió -por la intervención de empleados subalternos- en un error excusable en cuanto a la determinación del lote vendido por segunda vez; no se menciona expresamente esto, pero se da por admitido.

El conflicto entre la primacía del título o de su inscripción, está interesantemente tratado en un alegato del Doctor Agustín Cueva. Habiéndose vendido los derechos hereditarios primero a una persona y pocos días después a otra; la segunda se anticipó a la primera en la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sostiene el Dr. Cueva que la primera compradora adquirió, porque la tradición del derecho hereditario no requiere inscripción: la tradición se hace mediante la escritura pública, aunque en la herencia se comprendan inmuebles.

Los casos de doble venta se producen con relativa frecuencia en el caso de bienes indivisos, por la incertidumbre respecto de quien resultará propietario de un determinado cuerpo cierto. Se ilustra este problema en esta sentencia: "Uno de los propietarios de una cantera vendió como cuerpo cierto, dentro de límites determinados una parte de la cantera primeramente a otro condueño y después a una tercera persona, es aplicable al caso la regla por la que prevalece el título anterior aunque ambas enajenaciones sean de cuerpo cierto a título singular, bajo condición resolutoria, con el evento de

la caducidad si el comunero vendedor no se le asignare en la partición el mismo objeto enajenado por él. Si la referida tercera persona que compró el lote de la cantera, vende posteriormente "acciones y derechos" en ella, no se puede considerar al comprador copropietario de la misma, pues existe sustancial diferencia, atendida la finalidad y el objeto específico de los aludidos contratos, entre la doble venta de un cuerpo cierto que hizo el condómino y la de "acciones y derechos" que verificó el comprador, cambiando arbitrariamente, por su sola voluntad, la causa y materia de su posesión".

Afianzada la venta de una propiedad por la inscripción legal del título de compraventa, no se admite una segunda inscripción, que despojaría al primer comprador, si se produce por error o de mala fe, una segunda inscripción, esta no es válida, como consta en esta sentencia: "Álvarez ha vendido mediante escrituras públicas válidas, la misma casa a Fuentes y a Haro. Inscrita la venta a Fuentes, y el Registrador no debió inscribir la segunda venta, a Haro, pero lo hizo. Haro ha entrado en posesión pero esta es arbitraria, interrumpida y viciosa, por lo cual está obligado a restituir la casa a Fuentes. Aplicando el artículo 1784 del Código Civil, la segunda escritura adolece de nulidad".

24.24. Podemos **resumir** los diversos aspectos antes considerados, en base a la ley, la doctrina y la jurisprudencia, en los siguientes puntos que parecen más firmemente fundados:

1. La venta de cosa ajena vale, como afirma el artículo 1758 del Código Civil (y el art. 169 del Mercantil), es decir, de suyo no es nula y produce el efecto normal que un contrato produce: obligaciones entre las partes contratantes;

2. La venta de cosa ajena no valdría ni entre las partes, si fuera fruto del dolo, del engaño, de la mala fe. Los posibles efectos serían de índole penal y de reparación de daños y perjuicios a la parte engañada, si ella a su vez no procedió de mala fe;

3. Producido un contrato de compraventa de cosa ajena válido, el vendedor está obligado a adquirir la cosa vendida para transferir su dominio al

comprador, mediante la tradición. Si esto se efectúa, se habrá cumplido la finalidad normal del contrato, de forma regular;

4. Si el vendedor ha entregado la cosa vendida y, posteriormente, adquiere él la propiedad, ésta se transfiere al comprador con efecto retroactivo desde la fecha de la tradición, como ordena el artículo 1759. Igual efecto se produce si el vendedor ha fallecido y son sus herederos quienes han adquirido la propiedad de la cosa ya entregada al comprador: el efecto retroactivo beneficia al comprador al igual que si se hubiera producido en vida del vendedor;

5. Si el vendedor no ha podido adquirir lo que vendió, no podrá cumplir su obligación de traspasar el dominio al comprador. Pero esta imposibilidad (o dificultad máxima, por ejemplo por exigencias desmedidas del verdadero dueño), no le liberan de su obligación y deberá indemnizar al comprador por el incumplimiento;

6. El comprador que entró en posesión de la cosa ajena podrá llegar a ser dueño por prescripción. Si su título es legítimo y actuó de buena fe, la posesión regular le permitirá adquirir por prescripción ordinaria, muebles en tres años e inmuebles en cinco; si carece de justo título o de posesión regular, aún puede alcanzar la prescripción adquisitiva con quince años de posesión pacífica no clandestina ni interrumpida;

7. Cuando el que carece del dominio ha vendido la cosa a dos personas en actos diferentes, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Si la entrega se ha hecho a los dos, será preferido quien primero haya recibido la cosa. Si no se ha entregado a ninguno se preferirá al que tenga título más antiguo (Art. 1757). Esta entrega, en el caso de inmuebles, se entiende que ha de ser a través de la inscripción de la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad, y no la mera entrega material. La simple entrega material, vale para los muebles;

8. Si el vendedor no dueño, entrega la cosa a un primer comprador y después adquiere el dominio, ya no puede entregar la cosa a un segundo comprador. Al adquirir la cosa el vendedor, transmitió instantáneamente y con efecto retroactivo (hasta el momento de la tradición) al primer comprador y ya no puede producirse este mismo efecto respecto de un segun-

do comprador, por ser imposible transmitir a dos personas diferentes la misma cosa. Esto se recoge en el inciso segundo del artículo 1759;

9. Si el que compró una cosa ajena, a su vez la vende a otro y no llega a consolidar su propiedad por haberla adquirido posteriormente el primer vendedor, se siguen las mismas reglas anteriormente expresadas: el vendedor sigue obligado a transferir el dominio y si no lo hace queda responsabilizado por los perjuicios, pero nadie da lo que no tiene y el primer comprador (que no adquirió la propiedad), tampoco la transmite al segundo comprador. Uno y otro pueden llegar a adquirir por ratificación por parte del verdadero dueño, o porque el primer vendedor adquiera la propiedad, o porque alcancen a adquirirla por prescripción. Podrá el segundo comprador sumar a la suya la posesión de su antecesor, para efectos de prescripción;

10. Si alguien compra una cosa a quien se consideraba dueño de ella y tenía un derecho aparente (como el heredero putativo, el asignatario de una partición, etc.) y posteriormente se anula el título de propiedad de quien vendió, se produce un efecto retroactivo en perjuicio del comprador, que habrá comprado cosa ajena. El comprador solamente podrá sanear su propiedad sea por ratificación del verdadero dueño, por adquisición por parte de quien le transfirió el dominio o por prescripción. (Estos casos son frecuentes, cuando un heredero vende algún objeto de la sucesión y luego no le es asignado en la partición, o cuando se anula una partición aparentemente válida);

11. La resolución, rescisión y revocatoria de una donación (conforme a lo previsto en el Art. 1448), puede dejar sin efecto la venta que haya hecho el donatario, si en la escritura inscrita de donación constaba la cláusula resolutoria o se prohibía al donatario la enajenación; o bien cuando se ha notificado a los compradores que se va a intentar esas acciones de resolución, rescisión o revocación de la donación; o, finalmente, si la compraventa se ha verificado después de intentadas tales acciones. En todas estas circunstancias el donante, verdadero dueño de la cosa, podrá reivindicarla frente a terceros; pero, consiguientemente, en los demás casos de revocatoria rescisión o resolución de la donación, el donatario que vende, aunque deje de ser dueño, transfiere el dominio al comprador, es decir que la compraventa vale;

12. En cuanto al verdadero dueño, no se altera su derecho por la compraventa verificada entre otros, sin su poder ni consentimiento. No contrae ninguna obligación ni ante el vendedor ni ante el comprador, salvo que voluntariamente ratifique lo realizado entre terceros. Puede, sin embargo llegar a perder su propiedad por la prescripción adquisitiva que logre el comprador, pero esta pérdida del dominio del verdadero dueño, no se debe a la compraventa, sino precisamente a la prescripción, y el dueño podrá en cualquier momento interrumpir la prescripción, reclamando su derecho;

13. Lo dicho en el número anterior tiene aplicación plena respecto de los inmuebles, pero en cuanto a los muebles admite alguna excepción. Concretamente, si objetos no robados ni perdidos, se han vendido en un almacén, tienda o feria, esta venta si comprende especies que eran de propiedad del vendedor (del almacén, etc.), no podrán ser reivindicados por el verdadero dueño, porque la posesión vale como título y se ampara la buen fe del que adquiere en establecimientos comerciales que dan garantía de que venden lo que realmente les pertenece; si por error, confusión u otra circunstancia que no implique mala fe, se ha vendido algo ajeno, el comprador realmente adquiere la propiedad, y el primitivo dueño solamente podría recuperar la cosa pagando al actual poseedor el precio que se dio por ella y lo gastado en repararla y mejorarla (Art. 934). Parece equitativo que a su vez el dueño, exija al almacén que le restituya lo que ha debido para recuperar su propiedad.

Muchos otros puntos relativos a la compraventa de cosa ajena son menos seguros y claros que los anteriormente presentados y están sujetos a discusión doctrinaria y en el plano de la interpretación jurisprudencial. Esto sucede en el Ecuador y también en países de mayor tradición jurídica y de notable desarrollo científico y de la jurisprudencia.

25. Compra de cosa propia

25.1. Si la venta de cosa ajena vale, conforme al artículo 1754, y hemos expuesto dentro de qué límites produce efecto entre las partes o frente a terceros, en cambio la compra de cosa propia, se declara en el artículo 1755 que "no vale". Agrega el referido artículo que "el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella", es decir, que se

parte del supuesto de que ha pagado el precio, y por consiguiente, al ser nula la operación, el comprador dueño tiene derecho a quedarse con la cosa ya que se le devuelva lo que pagó sin verdadera causa.

25.2. No se admite la validez de la compra de cosa propia, **por ser imposible** jurídicamente, ya que el contenido esencial de la compraventa consiste en obligarse a transferir el dominio y no se puede dar el dominio a quien ya lo tiene. Se suma a esta razón fundamental, la carencia de causa: no tendría causa jurídica el pago de un precio por nada, ya que nada recibe el que ya tiene la propiedad.

Fácilmente se tratará de casos de equivocación, de error, y este error en algo sustancial, produce también nulidad: el que cree adquirir y no adquiere, está en un error esencial. El que vende a quien ya es dueño, creyendo que le transfiere o se obliga a transferirle la propiedad que ya tiene el comprador, está igualmente en un error esencial. Ambas partes pueden encontrarse en tal error, o una de ellas, pero en todo caso este vicio del consentimiento impide que la compra de cosa propia "valga". Si se suma al error, la circunstancia de que de una parte engaña a la otra, la induce al error dolosamente, el motivo de la nulidad aparece más evidente aún, y traerá consigo mayores responsabilidades del que obra de mala fe, incluso puede significar una responsabilidad penal.

25.3. Sin embargo, en algunas circunstancias un tanto extremas o raras, puede ser que la compra de cosa propia sea más bien una **simulación inocua** y que llegue a producirse efectos positivos. Tal sucede cuando una persona que realmente adquirió una cosa carece de documentación sobre su título, por ejemplo por pérdida de archivos del Registrador de la Propiedad y los notarios, como ha pasado en algunos pueblos y ciudades en los incendios que ha sufrido. Tales personas, convencidas de su derecho y en posesión de sus inmuebles, acuden a veces a la ficción de una compra a un supuesto vendedor, siendo ellos mismos, los dueños, solamente para tener constancia documental de su derecho.

Borda señala que la compra de cosa propia puede ser una transacción oculta, para mejorar el título o para evitar un juicio, como cuando resulta difícil probar que se ha adquirido por prescripción o ante una reivindicación peligrosa que termina por transacción.

26. Frutos de la cosa vendida

26.1. El parágrafo 4o. del Título de la compraventa, trata sobre la cosa vendida y termina con el artículo 1756 relativo a los frutos: "Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición. En estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición. Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes".

Como sucede en general en materia de convenciones o contratos, prevalece la voluntad de las partes expresamente manifestada. Sobre los frutos, de cualquier índole que sean, pueden los contratantes establecer lo que más les convenga y sus estipulaciones deberán ser respetadas. El incumplimiento de lo pactado sobre frutos puede dar origen a la reclamación de resolución del contrato, sobre todo si dichos frutos tienen cierta importancia, ya que, de ser insignificantes, no sería admisible dejar sin valor el contrato por algo accidental; en cualquier caso, el incumplimiento dará derecho a la correspondiente indemnización de perjuicios, si se producen.

En las ventas de haciendas o establecimientos industriales o comerciales, el punto relativo a los frutos suele tener enorme importancia y normalmente se regula según la voluntad de los contratantes.

26.2. A falta de cláusulas sobre los frutos, la ley señala, de **modo supletorio**, la regla de que corresponden al comprador desde el momento en que se perfecciona el contrato: "el tiempo de la venta", dice, de manera un tanto imprecisa el artículo transcrito.

Esta norma supletoria tiene, sin embargo una distinción en cuanto a la calidad de los frutos -naturales o civiles- y dos excepciones.

26.3. Respecto de los **frutos naturales** se precisa que "los pendientes" al momento de la venta, pertenecen al comprador. Esto implica que si hay frutos ya producidos y que están situados simplemente dentro de la cosa vendida (por ejemplo, una cosecha ya levantada y que permanece en los

graneros de una finca), no siendo frutos "pendientes", pertenecen al vendedor, salvo que hayan sido considerados como parte de la venta.

Los frutos "pendientes" a los que se refiere el Código son únicamente los "naturales"; por consiguiente, ha de entenderse que los **frutos civiles** que estén pendientes, no serán del comprador. La equidad aconsejará repartir entre vendedor y comprador, tales frutos en proporción al tiempo anterior y posterior a la venta; por ejemplo si una casa ha estado arrendada y se paga el canon por mensualidades y la venta se hace a medio mes, será razonable asignar este fruto civil pendiente, por mitades a uno y otro.

Los frutos **percibidos con posterioridad** a la venta (es decir no pendientes en dicho momento), pertenecen al comprador, sean naturales o civiles, salvo convención en contrario o los casos de excepción.

26.4. Las excepciones consisten en que se haya estipulado **plazo o condición** para la entrega de la cosa; en tales circunstancias se entenderá que los frutos se reservan para el vendedor (siempre, salvo estipulación en contrario).

No ha previsto este artículo qué sucederá si se ha consumado la venta, pero se **retarda la entrega** de la cosa fructuaria. Habrá que analizar en esta hipótesis si existe culpa o dolo sea del vendedor o bien mora del comprador en recibir la cosa, y aplicar las normas generales sobre el cumplimiento de las obligaciones, que no tienen por qué modificarse en cuanto a frutos de la cosa objeto de compraventa.

26.5. Los principios expuestos, que se contienen en el referido artículo 1756, son universalmente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia. Solamente se producen algunas variantes en **derechos extranjeros** por motivo de la distinción entre los efectos de la venta y los de la enajenación de la cosa vendida. Si se requiere de la entrega o tradición para transferir la cosa, resulta admisible considerar que los frutos solamente se asignen al comprador desde dicha entrega.

26.6. Una sentencia de nuestra Corte Suprema afirma que al comprador le pertenecen los frutos de la cosa comprada desde el momento de perfec-

cionarse la venta, sin que sea del caso averiguar la buena o mala fe del vendedor.

Un interesante caso de venta, reservándose el vendedor por un tiempo el usufructo de la cosa, fue resuelto en el sentido de que el comprador tiene derecho a los frutos desde el vencimiento del derecho de usufructo.

27. Efectos inmediatos del contrato de compraventa

27.1. El parágrafo 5o. del Título que estamos estudiando, se encabeza "De los efectos inmediatos del contrato de compraventa", y en realidad solamente se refiere a **algunos** de ellos y no a los dos principales efectos, que se tratan más adelante (la entrega de la cosa y el pago del precio). De algunos de estos otros efectos "inmediatos", hemos expuesto ya en números anteriores, concretamente, sobre la venta separada a dos personas (Art. 1757), la venta de cosa ajena (Arts. 1758 y 1759). Quedan por considerarse aquí, los asuntos de: la pérdida o deterioro de la cosa vendida (Art. 1760), la determinación de la cosa por su peso, cuenta o medida (Arts. 1761 y 1762) y la venta a prueba (Art. 1763). También nos vamos a referir a otros efectos del contrato de compraventa, señalados en diversos sitios del Código Civil y en otras leyes dejando de lado lo atinente a las dos grandes obligaciones que surgen de la compraventa: la entrega de la cosa y pago del precio.

27.2. El aforismo de que "las cosas nacen, crecen y perecen para su dueño", se aplica a la compraventa puntualmente: los **riesgos** de la cosa pertenecen al vendedor hasta el momento en que pasan al vendedor con la propiedad de la cosa. Si la cosa perece en poder del vendedor, es él, como dueño, quien la pierde; si ya se ha transferido el dominio al comprador, le corresponde a éste sufrir la pérdida. No se altera esta disposición por el hecho de no haberse verificado la entrega; lo que determina la responsabilidad es la propiedad.

Cuestión distinta es la de la responsabilidad del vendedor que **retiene irregularmente** la cosa, o del comprador que la **ha recibido antes** de ser dueño. En estas circunstancias habrá que examinar a qué título detentan la cosa y según ello serán responsables de la pérdida o de los desperfectos. Por ejemplo, el comprador puede recibir la cosa como arrendatario o

como depositario y luego adquiere por la compra: tendrá las respectivas responsabilidades de esos contratos, hasta que llega a ser dueño.

Sin embargo, la arregla que el dueño corre con el riesgo, se modifica si la venta se ha hecho con **condición suspensiva**, pues mientras pende la condición continúa siendo responsable de la existencia de la cosa el vendedor, y solamente las mejoras o los desperfectos se atribuyen al comprador hasta que se cumpla el plazo o condición. Una vez que desaparece la condición suspensiva, el comprador asume todas las responsabilidades y riesgos de la cosa.

27.3. El artículo 1760 dice: "La **pérdida, deterioro o mejora** de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición; pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador". Piénsese por ejemplo en la venta de un animal, sujeta condición suspensiva: si muere mientras pende la condición, lo pierde el vendedor, que tendrá que reponer la cosa al comprador; pero si enferma o, por el contrario, crece, se hace más fuerte, etc., estas desventajas o mejoras corresponden al comprador.

Se ha planteado qué sucederá si lo vendido son **varias especies** o cuerpos ciertos y perece uno de ellos. Degni considera que el comprador tiene la opción de pedir la entrega de lo que queda, valorado equitativamente, o rescindir el contrato. Esto es lo justo, pero no se puede extremar la regla, y, como lo hace Troplong, cuando falte una parte mínima, insignificante, no podría el comprador desistir.

El supuesto en que se basa el artículo 1760, consiste en que la venta sea de "una especie o cuerpo cierto". Por consiguiente, si se ha vendido **una cosa que debe todavía determinarse**, no se aplica la indicada regla. Por ejemplo, un comerciante vende un automóvil de cierta marca y modelo, pero el comprador aun no ha escogido la unidad concreta que desea adquirir; si se destruye uno de los vehículos del vendedor, no por eso deja de estar obligado a entregar un automóvil de la marca y modelo convenidos;

solamente el momento en que el comprador haya especificado qué especie concreta es la que compra, desde el momento corre con el riesgo.

27.4. En las ventas de **cosas fungibles** y en general de cualesquiera que se vendan por la cantidad, número o medida (como cien litros de alcohol, veinte quintales de trigo, cinco vacas, etc.), se requiere la determinación precisa de las especies vendidas, para que pase el riesgo del vendedor al comprador. Así lo establece el artículo 1761: "Si se vende una cosa de las que suelen venderse a peso, cuenta o medida, pero señalada, de modo que no pueda confundirse con otra porción de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora pertenecerá al comprador, aunque dicha cosa no se haya pesado, contado ni medido, con tal que se haya ajustado al precio. Si de las cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida, sólo se vende una parte indeterminada, como diez, cien kilos de arroz del contenido de cierto silo, la pérdida, deterioro o mejora no pertenecerá al comprador, sino después de ajustado el precio y de haberse pesado, contado o medido dicha parte".

Es decir, que siempre se requiere determinación de la cosa el precio, solamente entonces se perfecciona el contrato, y tratándose de bienes muebles, el perfeccionamiento del contrato normalmente coincidirá con la transferencia del dominio, suerte que la **cuenta, peso o medida de las cosas**, que las determina, produce el paso de la propiedad al comprador y desde ese momento corre con el riesgo de la cosa comprada.

27.5. La regla del Código de Comercio, coincide con la civil, también en este aspecto, pues dice el artículo 176: "Si las mercaderías vendidas no se han determinado como un cuerpo cierto, sino sólo por su especie, cantidad y calidad, el vendedor está obligado aunque perezcan las que tenía al momento de la venta". Es decir, que solamente cuando se determina la cosa que precisamente se vende, el riesgo es del deudor.

27.6. Al tratar el Código Civil de la **construcción de una obra material**, aborda el problema de diferenciar la compraventa, del arrendamiento de obra, con las consiguientes consecuencias en cuanto al peligro de la cosa. Dice el artículo 1930: "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta, pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. Por consiguiente, el peligro de la

cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento. Si la materia principal es suministrada por el que ordenó la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento. En el caso contrario, de venta". Cuando estamos ante una compraventa, según lo aquí dispuesto, solamente se perfecciona el contrato el momento en que se especifica debidamente la cosa, es decir, cuando el comprador acepta la obra que ordenó ejecutar, y desde ese momento asume el riesgo; solamente se menciona la excepción de que el comprador incurra en mora, pues sino acepta o rechaza oportunamente la cosa, se entenderá que asume el riesgo.

Las partes pueden modificar estas reglas, como en general se flexibilizan todos los contratos, pero si no han dispuesto de otro modo y se han comprometido a realizar la determinación de la cosa en un momento dado, el que no cumpliere con su obligación debe asumir los daños y perjuicios, en tanto que al cumplidor se le da la opción de exigir la ejecución del contrato o desistir de él.

Dice el artículo 1762: "Si avenidos vendedor y comprador en el precio, señalaren día para el peso, cuenta o medida, y uno de ellos no compareciere en él, estará obligado a resarcir al otro los perjuicios que de su negligencia resultaren. Además, el contratante que no faltó a la cita, si le conviniere, desistir del contrato".

27.7. El vendedor debe, por consiguiente, **conservar** la cosa para poder entregarla al comprador en el tiempo debido, que generalmente será el establecido en el mismo contrato, y en caso de no haberse estipulado nada, de inmediato o en cuanto sea posible.

La obligación de conservar -de evitar la pérdida total o deterioros-, no es distinta de la obligación de entregar la cosa, sino que va implicada en ella. Si el comprador incurre en mora de recibir, los gastos de conservación correrán de su cuenta desde el momento de la mora. Entre los gastos se deben imputar impuestos directos sobre la cosa.

27.8. Los **acrecimientos** corresponden al comprador, desde que adquiere la cosa y el vendedor solamente podrá reclamar los gastos necesarios para la producción o crecimiento de la cosa, mientras no esté él en mora, pues de incurrir en mora, perderá tal derecho. Si el vendedor conserva la cosa, la mantiene a su costo y la entrega en tiempo debido, es un poseedor de buena fe en ese tiempo, y no está obligado a responder de los deterioros naturales que se produzcan sin su culpa; recordemos que el artículo 950 responsabiliza al poseedor de buena fe solamente de los deterioros "que le hubieren aprovechado", como cuando vende un bosque o emplea la madera en su beneficio.

27.9. Así como la determinación de la cosa dependerá de lo que hayan convenido los contratantes, también ellos fijarán el **lugar en que deba entregarse** la cosa; si no lo hubieran previsto, parece que se debe distinguir la venta de cosas ciertas y determinadas y la de cosas que se han de precisar por su cuenta, peso o medida. En la primera hipótesis, lo razonable será entregar la cosa donde se encontraba el momento de celebrar el contrato y si son cosas fungibles o aún no determinadas, el lugar en que deban contarse, pesarse o medirse, y si, ni esto ha sido previsto, se entenderá que ha de serlo en el domicilio de vendedor, que es el deudor, ya que según la regla general de las obligaciones en el domicilio del deudor se cumplen.

27.10. Otro efecto de la compraventa, en cuanto atañe directamente a la cosa, es que si estuvo arrendada, **termina el arrendamiento,** salvo que este derecho personal se haya constituido por escritura pública, como establece el artículo 1903. Extinguiéndose el derecho de propiedad del arrendador, por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada, está obligado a indemnizar al arrendatario (artículo 1902).
Pero esta terminación del arrendamiento en caso de venta, exige que se proceda al desahucio que, como ha precisado la jurisprudencia, no es propiamente una acción judicial o juicio, sino la mera notificación por vía judicial al arrendatario.

27.11. La venta de ciertas cosas, por su especial situación, puede originar que surjan otros derechos, como los de **servidumbre.** El artículo 887 del Código Civil establece que si se vende una parte de un predio y esta parte queda separada de todo camino, "se entenderá concedida a favor de ella

una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna". Se trata de algo accesorio, aunque de mucha importancia, de la cosa vendida.

27.12. También se extinguen **algunos derechos, por confusión,** cuando por venta o por otro medio, las obligaciones y derechos del deudor y del acreedor se concentran en la misma persona. Así se extingue la servidumbre por confusión, cuando el dueño de un predio compra el otro, y agrega el artículo 929 que "si por una nueva venta se separan, no revive, salvo el caso del artículo 925" (de servicio continuo y aparente).

Aunque es posible la venta de cosa ajena, lo normal consiste en disponer por medio de ella de cosas que se tienen en dominio, por lo cual la compraventa de un objeto se presume que es un ejercicio de este derecho y como consecuencia, el asignatario de una herencia o legado que vende el derecho o el objeto que se le ha deferido, se entenderá que **acepta tácitamente** la herencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 1253 del Código Civil.

CAPÍTULO VI
OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

28. Enumeración de estas obligaciones

28.1. En todo tiempo la doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia han reconocido como principales obligaciones del vendedor las de **entregar la cosa vendida** y **garantizar** al comprador la pacífica posesión de ella.

La entrega de la cosa se suele entender en un doble sentido: como paso o transición de la **posesión** de manos del vendedor al comprador; o como transferencia del **dominio**. Naturalmente se comprende ambos aspectos, el de mero facto (relativo a la posesión) y el de derecho, de traslado de la propiedad.

La finalidad, la intención de las partes al contratar la compraventa consiste en último término en transmitir el dominio de lo vendido, y la entrega material tiene un sentido mas bien instrumental, en cuanto sirve para ese objetivo.

28.2. Dentro de la uniformidad universal de estos conceptos, sin embargo, hay matices, muy importantes, de variedad. Así en el Derecho Romano clásico se puso el énfasis en el aspecto de traslación de la posesión: lo que se obligaba el vendedor era a que el comprador entrara en posesión pacífica de la cosa; la transferencia del dominio era otra cuestión diversa, reservada a las formas solemnes de la *mancipatio, in iure cessio o traditio*. En el Código de Napoleón se pretendió unificar absolutamente la compraventa con la transferencia del dominio; en el Código Alemán, se produce la transferencia de la propiedad por una forma abstracta, aunque no preceda el contrato de compraventa u otro. Nuestro sistema se entronca con el clásico romano aunque modernizado adecuadamente, y distinguimos el

título, del **modo;** el título puede ser la compraventa y el modo de transferir el dominio, suele ser la tradición.

28.3. La entrega de la cosa, supone que hasta el momento en que se realiza, el vendedor deberá **conservarla** y este es otro deber, aunque derivado o dependiente del primero.

También se producen **gastos** ocasionados por transferencia misma de la cosa, que implican otra obligación que normalmente recae sobre el vendedor, salvo estipulación en contrario. Verificada la entrega, le queda al vendedor la doble **obligación de garantizar** al comprador (o a sus sucesores en el dominio) contra la posible evicción, y por vicios ocultos que pudieren descubrirse en la cosa.

Así quedan enumeradas las obligaciones del vendedor. Trataremos en este capítulo exclusivamente de la primera: la obligación de entregar la cosa vendida. Se considerarán sucesivamente estos puntos: quien debe entregar y a quién; qué cosa se entrega; cómo se realiza dicha entrega; cuándo debe efectuarse; los efectos del cumplimiento de esta obligación, tanto entre las partes como frente a terceros; los efectos del incumplimiento, entre las partes o frente a terceros y, finalmente, la caducidad de la acción judicial referente la cabida de inmuebles vendidos.

29. Partes que intervienen en la entrega

29.1. Quien deba entregar y a quien está obligado a entregar, se resuelve en saber quien vende y quien compra, es decir, quienes se han obligado a esto, que es el contenido esencial de la compraventa: debe entregar el vendedor al comprador.

29.2. Nada impide que se valga uno de ellos, o ambos, de un intermediario o de varias personas intermediarias. Es frecuente en el comercio de exportación, ordenar la entrega de la cosa vendida a un agente o entregar la cosa a través de una compañía de transportes, o encargar a un mandatario que adquiera la cosa y la ponga a disposición del comprador.

Como en materia contractual ha de prevalecer la voluntad de las partes, bien pueden establecer que la cosa sea entregada por una persona distinta

del vendedor (a la que el vendedor pueda ordenar dicha entrega, naturalmente), o que se realice la entrega a favor de persona distinta del comprador.

29.3. El **representante legal o el mandatario** tienen potestad de adquirir en nombre de sus representados y pueden igualmente realizar el contrato de compraventa, estipulando que la entrega se haga a favor de ellos, por ejemplo, un padre compra para sus hijos y dispone que se entregue a ellos. También es posible reservarse el derecho de recibir lo que se compra para otro, o subordina la entrega a esa tercera persona a un plazo o condición, como cuando un tutor adquiere una casa para ser entregada al pupilo el momento en que llegue a la mayoría de edad o si se produce el hecho futuro e incierto de que contraiga matrimonio.

29.4. En todo caso, tanto quien entrega como quien recibe han de tener **capacidad** para realizar actos jurídicos, o tendrán a su vez que estar representados por otro que actúe por ellos. Se exceptúa la simple materialidad de transportar una cosa, que puede ser realizada por el que carezca de capacidad jurídica: un niño lleva materialmente una joya u otro objeto vendido y lo deposita en manos del comprador, pero no es el incapaz quien realiza la entrega, sino quien se valió de él como simple instrumento material para transportar la cosa. La entrega realizada a un incapaz se rige por las normas generales respecto del pago o solución de las deudas, de modo que no liberaría de su obligación, al vendedor, el hecho de entregar a persona sin capacidad para recibir.

29.5. El artículo 1764 del Código Civil emplea -como varios otros de esta ley- los términos **"entrega"** y **"tradición"** como sinónimos, aunque se ha de establecer cierta distinción. En principio, se consideran ambas cosas como una sola: entregar es realizar la tradición, que transfiere el dominio que traslada la propiedad del vendedor al comprador. Por tanto, "la entrega o tradición", como dice el Código, se sujeta a las reglas del Título VI del Libro II (Arts. 686 a 714). La entrega debe reunir las condiciones, según estas normas legales, para constituir tradición, para ser modo de transferencia del dominio.

El vendedor no deja de estar obligado a la entrega **si por un hecho suyo se pone en incapacidad de entregar** lo vendido. Por ejemplo, si

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

desprende de la cosa por donación o por venta y entrega a otra persona, la cosa que anteriormente ya vendió a un primer comprador. En estas circunstancias, será condenado judicialmente para que el comprador adquiera de un tercero una cosa similar, por cuenta del vendedor, si se trata de cosas genéricas o fungibles, y queda a cargo del vendedor la diferencia de precio que haya tenido que pagar el comprador.

Algunos autores señalan, con razón, que la entrega de la cosa debe completarse con la de **los títulos** de propiedad (si los hay materialmente, como facturas, escrituras, inscripciones, etc.) y también la cancelación de los gastos que son de cargo del vendedor.

29.6. Nuestro artículo 1765 dice: "Al vendedor tocan naturalmente los **costos** que se hicieren para poner la cosa en disposición de entregarla, y al comprador los que se hicieren para transportarla después de la entrega". Esto es lo "natural", es decir, lo que pertenece a la naturaleza del contrato y, si no se establece otra cosa, se dará por supuesto. Las partes libremente se alejarán de esta norma cuantas veces así lo dispongan, por ejemplo cargando todos los gastos de transporte al vendedor y añadiendo el seguro (Cláusula "CIF", *cost, insurance, fleet*).

La equidad impone que se reembolsen al vendedor los gastos realizados para que la cosa vendida pueda seguir produciendo, como si se trata de una hacienda, la arada de los campos, su riego, abono o recolección de frutos que se perderían al no ser cosechados, etc., todo lo cual va a beneficiar al comprador y que no podría hacerse efectivo sin dichos gastos anticipados por el vendedor, pero con cargo al comprador. Degni observa que estos gastos son reembolsables incluso cuando la cosa perece por caso fortuito, ya que el comprador ya es dueño, y ha de cargar con las ventajas y las desventajas del dominio.

29.7. El artículo 195 de nuestro **Código de Comercio** aclara que "mientras el comprador no traslade las mercancías, el vendedor es responsable de culpa lata o dolo en la custodia y conservación de aquellas". De tal manera que no responde de la culpa leve o levísima, salvo que las mismas partes hayan establecido otra cosa. Si el vendedor incurriera en mora, su responsabilidad se agrava, hasta tener que indemnizar por toda especie de culpa.

29.8. El sistema comercial de modo más directo que el civil, permite la **retención** o no entrega de la cosa: el vendedor, según el artículo 196 del Código de Comercio puede retener las cosas vendidas hasta el pago íntegro del precio y los intereses, salvo que existiere plazo u otra estipulación en contrario. En la venta civil, también se prevé este derecho, aunque no se mencione directamente la retención o no entrega de la cosa hasta el pago total del precio y otras obligaciones del comprador, en el artículo 1766 al tratar del tiempo de la entrega; pero, el artículo 697 del Código Civil, establece que se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no hay plazo pendiente para su pago; y según el artículo 696, se produce la transferencia del dominio "verificada la entrega por el vendedor, aunque no se haya pagado el precio", salvo que se haya reservado el dominio o se haya establecido una condición. Las partes están en libertad de escoger cualquiera de los dos sistemas, ya que según lo deseen, establecerán o no, dichas reservas de dominio, condiciones o plazos, o no estipularán ninguna, sujetándose al régimen normal sea civil o comercial.

30. Identidad de la cosa vendida

30.1. Evidentemente, el vendedor debe entregar **la misma cosa** que vendió y no otra; pero esta elemental y obvia obligación presenta algunas dificultades porque las **cosas cambian** -crecen, disminuyen, se deterioran o mejoran, se unen o confunden con otras, perecen- y los varios eventos que acaecen modifica en alguna medida las obligaciones contraídas.

Se requiere hacer varias distinciones a este propósito: cosas singulares o múltiples; muebles o inmuebles; bienes raíces vendidos por la cabida o como cuerpo cierto; el objeto principal de la venta o éste unido a sus accesorios y, finalmente, algunos accesorios especiales como las llaves y los títulos.

30.2. Una sentencia de la Corte Suprema dice: "La calidad de comprador confiere a quien la tiene el derecho de ejercitar las acciones que le competan, sea contra el vendedor, sea contra terceros, para conseguir la entrega de todo aquello que se compró". Parece demasiado obvio que lo entregado debe **coincidir exactamente con lo vendido**; pero pueden surgir innumerables problemas de identidad de la cosa. La última determinación de la cosa puede quedar postergada para un momento ulterior, como

cuando se ha contratado para transferir el dominio de objetos que deban ser pesados, contados o medidos, entresacados de una masa o conjunto más amplio; en estos casos, solamente verificadas esas operaciones se concreta el objeto de la venta, el mismo que debe ser entregado. También hay situaciones en que se deja opción de escoger entre varios cuerpos ciertos, sea al vendedor o al comprador.

30.3. La compraventa de **un solo objeto** suele presentar menos dificultades que la de varias cosas que se venden en conjunto. Si se ha contratado una colección artística, arqueológica o de otros objetos que en su conjunto forman una unidad, el desmembrar ese conjunto, desvirtúa la cosa y no se puede decir que el vendedor que entrega una parte incompleta de esas unidades complejas, haya cumplido su obligación de entregar. Hay cosas que se pueden utilizar en mayor o menor medida, según la cantidad de ellas, pero hay otras que fuera de ciertos límites no sirven para nada, como un terreno excesivamente pequeño, o una materia prima de algunas industrias, en cantidades ínfimas, etc. En principio, hay que afirmar que el vendedor debe, pues, entregar "todo", completo, pero también hay que admitir por equidad, que no cualquier disminución se ha de considerar como total incumplimiento; el comprador puede aceptar un entrega parcial, o pedir la resolución del contrato por incumplimiento; esta opción equitativa se deduce de todo el sistema civil de la compraventa, ya que se admite la disminución del precio en ciertos casos de venta de inmuebles, y la rescisión del contrato por lesión enorme (Art. 1828), se sigue que el comprador puede reclamar la integridad de lo comprado, o conformarse con una rebaja del precio y recibir una cantidad menor de objetos.

30.4. Dado el supuesto de que se hayan vendido en un mismo acto o contrato varios **inmuebles**, advierte Borda que la mayor superficie de unos se compensa con la menor de otros. Pero esta compensación se basa no en las cantidades de superficie (por ejemplo, diez hectáreas en una ciudad o veinte en un páramo), sino por sus valores.

Tanto en la venta de muebles como en la de inmuebles se presentan situaciones de venta en conjunto o de grupos de cosas, y en ambas categorías la regla de si ha de servir o no el conjunto disminuido de alguna o algunas cosas, adquiere validez. Varios edificios se han comprado para instalar en ellos una industria, un establecimiento educativo, unas oficinas que no

funcionan dispersas, y después resulta que el vendedor no entrega uno de dichos edificios: evidentemente este incumplimiento parcial se traduce en un total incumplimiento, porque el comprador no podrá utilizar los inmuebles incompletos. Otro tanto podemos decir de una biblioteca o de un conjunto de animales destinados a cierta producción que requiera de un número suficiente.

30.5. En las ventas, tan generalizadas ahora, mediante **pagos parciales** periódicos, a veces también se hacen entregas proporcionales de partes del conjunto vendido. La mora en el pago de uno o varios dividendos, suele pactarse que produzca la resolución de todo el contrato, quedando a favor del vendedor el precio concebido, en compensación del uso que puede haber hecho el comprador de las cosas recibidas. Lo mismo sucede si se ha entregado toda una finca y se llega a la resolución del contrato, por falta de pago total (que debía hacerse por plazos); se suele considerar entonces que el comprador fue arrendatario y que lo pagado cubre el canon por el tiempo que habitó la casa, debiendo devolverla. Si la entrega ha sido parcial y el comprador así mismo ha pagado sólo una parte, no se le puede obligar a la cancelación del total, si no se le entrega todo o se le garantiza que recibirá todo lo comprado.

30.6. En las ventas de grandes fábricas o de industrias complejas, incluyendo las mercancías en curso de elaboración, el problema de la entrega total o parcial del conjunto se complica con la entrega de los **frutos**. Los frutos naturales corresponden al comprador desde el momento de la compraventa, pero los civiles se deben *a pro rata temoris*, en proporción al tiempo y el estado de elaboración, debiendo calcularse día a día, salvo que las partes hayan establecido otra cosa. Ahora bien, el valor de los productos elaborados a veces significa una cantidad económicamente muy apreciable, tal vez semejante al valor de la misma fábrica. Esta proporción entre las partes debe tenerse en cuenta para considerar si está o no satisfactoriamente cumplida la obligación de entregar.

30.7. El artículo 1775 del Código Civil aplica las reglas dadas para la venta de inmuebles por su **cabida**, "a cualquier todo o conjunto de efectos o mercaderías". Enseguida examinaremos esas normas para los inmuebles y su aplicación extensiva para estos otros conjuntos de cosas; pero primero

hay que decir algo sobre la diferente situación de los muebles y los inmuebles en cuanto a la entrega de ellos en general.

30.8. La diferencia entre las cosas **muebles e inmuebles** adquiere especial relieve en materia de compraventa, ya que los muebles se venden sin otra formalidad que la expresión del consentimiento de ambas partes, mientras que los inmuebles venden manifestando ese consentimiento en escritura pública, que deberá ser inscrita para producir el efecto traslativo del dominio. Los muebles, normalmente se entregan de inmediato, materialmente, y esa entrega es ya la tradición que transfiere la propiedad. En ambos casos, cabe, sin embargo, que las partes pacten plazo o condición sea para la entrega material, sea para la tradición jurídica.

Si no hay pacto en contrario, los muebles se enajenan el momento mismo de la venta. Así lo reconocen muchas sentencias, siguiendo el claro tenor de la ley. La venta de inmuebles en cierto modo desdobla la obligación de entregar la cosa, por cuanto se ha de cumplir con una entrega jurídica y otra de facto, material, sin que baste realizar una sola de ellas. Esto sucede porque en materia de muebles la presunción de que el poseedor es propietario tiene un valor mucho mayor que en el caso de los inmuebles, respecto de los cuales el dominio se prueba por justos títulos que si son traslaticios del de la propiedad han de figurar inscritos en el correspondiente Registro.

También aparece la distinción entre los dos géneros de compraventa (de muebles o de inmuebles), cuando los bienes raíces están sujetos a especiales cargas, servidumbres o derechos que pasan al nuevo propietario, todo lo cual ha de constar en la escritura y en la inscripción. Una sentencia dice: "Si de la escritura de venta consta que un fundo fue vendido con un camino de entrada directa, el vendedor está obligado a entregar dicho camino o entrada directa, con arreglo estricto al título de adquisición conferido por el comprador. No obsta a esto, que el comprador haya adquirido otros terrenos contiguos al camino, por los cuales puede llegar al antedicho fundo".

30.9. Respecto de la **integridad** de la cosa que se entrega, para los inmuebles tenemos varias disposiciones que aclaran lo que comprende un bien raíz (Art. 586 y siguientes) y solamente una expresa disposición de los

contratantes puede incluir o excluir de la venta determinados objetos; de modo contrario, se entenderán incluidos todos aquellos que se presumen legalmente integrantes de una finca.

30.10. En algunas circunstancias, la venta de inmuebles origina el **nacimiento o la extinción** de otros derechos reales, tales como servidumbres, derechos de habitación, usufructo, etc., sea por consolidación de las situaciones de deudor y acreedor en la misma persona, sea por exigencia para el debido uso de las cosas. En otras circunstancias no se produce ese efecto de establecer una servidumbre, como en el analizado por una sentencia: "De que la escalera haya sido común a las dos casas cuando eran de un solo dueño, no puede deducirse que al enajenarlas haya quedado impuesta la servidumbre de tránsito, como trata de sostenerse, porque las servidumbres discontinuas sólo se adquieren por medio de título y la escritura de fs. 7 no puede alegarse como tal, puesto que en ella no existe la constitución de servidumbre, sin lo que nada significa la frase de que la venta de la casa se hace con todos sus derechos, usos y servidumbres; pues éstas deben constituirse de modo expreso".

30.11. Pero, sobre todo, merece especial estudio la venta de bienes inmuebles, en cuanto las modalidades por la **cabida o como cuerpos ciertos.** En el primer supuesto, se obliga el vendedor a entregar una **determinada extensión,** que se calcula en metros cuadrados, hectáreas, kilómetros cuadrados, etc. La venta como **cuerpo cierto,** se hace con independencia de la real dimensión del inmueble.

El artículo 1771 expresa: "Un predio rústico puede venderse con relación a la cabida, o como especie o cuerpo cierto. Se vende con relación a su **cabida** siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato; salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la expresada en el contrato. Es indiferente que se fije directamente un precio total, o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresan, y del precio de cada medida. Es así mismo indiferente que se exprese una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal que de estos datos resulten el precio total y la cabida total. Lo mismo se aplica a la enajenación de dos o más predios por

una sola venta. En los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto".

Tiene enorme importancia esclarecer en cada circunstancia, si la venta se hace como cuerpo cierto o por la cabida. Esto depende de la voluntad de las partes, y si expresamente lo dicen, de modo directo y claro, nada hay que discutir; pero sucede con frecuencia que falta esta expresa determinación, y entonces hay que recurrir a la interpretación, conforme a lo dicho en el artículo transcrito: en síntesis, se considera generalmente la venta como de especie o cuerpo cierto, pero si figura de algún modo la cabida, hay que atenerse a ésta. Pero no cualquier mención de la extensión superficial basta para que la venta adopte esta modalidad de "venta por la cabida", ya que puede mencionarse como simple dato referencial, como manera de identificar la cosa y no como voluntad de transferir el dominio de una cantidad precisa de metros cuadrados de terreno.

El artículo que estamos comentando se refiere directamente los "predios rústicos"; y es natural que en éstos surja con mayor importancia el problema de saber si se ha vendido el bien raíz en consideración a una determinada superficie o de cualquier manera, tal como es, mida lo que midiere; siendo propiedades generalmente más grandes, no resulta fácil conocer con exactitud su cabida y a veces el determinarla supone un trabajo de agrimensura costoso; en cambio, una casa u otro predio urbano, se aprecia fácilmente y sin mayor costo, cual sea sus verdear utilidad y valor, con independencia de la real superficie que ocupe. Sin embargo de que la norma del Código se da solamente par los predios rústicos, puede aplicarse por analogía a los urbanos, y las partes pueden tener en cuenta esta doble modalidad de la venta y decidirse por la una o por la otra.

30.12. La jurisprudencia aclara que se ha de tomar en cuenta la voluntad de las partes y cómo se ha de interpretar, en caso de duda, siguiendo las normas legales: dada la modalidad de la venta de una parte de un predio más amplio, parece absolutamente necesario para fijar el lindero entre lo vendido y lo que conserva el vendedor, el remitirse a las dimensiones, salvo que se pongan unas señales materiales (mojones, pared, etc.), para distinguir las dos partes. Varias sentencias confirman que la regla general es la de venta como cuerpo cierto, y que para la venta por medida de su-

perficie o cabida, debe constar la expresada voluntad de obligarse a entregar una determinada cabida.

30.13. Algunos autores, como Planiol, analizan diversas formas de contratar: 1. Inmueble en que la cabida ha sido tomada en consideración por las partes con tal evidencia que, si bien la venta se refiere a tal o cual inmueble, el contrato fija el precio "a razón de tanto por medida"; 2. Se menciona la cabida, sin que el contrato establezca una relación entre esa cabida y el precio; 3. Se prescinde totalmente de mención de la superficie del predio. Estas tres posibilidades, con algunas variantes, están previstas en nuestro artículo 1771.

30.14. Para los efectos jurídicos, la distinción fundamental es, pues, entre la venta como cuerpo cierto, o según su superficie. Nuestro derecho considera como **regla general la de la venta como cuerpo cierto**, y si las partes establecen claramente que se remiten al área o cabida, se ha de tener en cuenta esta modalidad. El artículo 1771 aplica estos principios y considera varios ejemplos concretos: si las partes han mencionado "de cualquier modo" la cabida, se entenderá que su voluntad ha sido la de ejecutar la compraventa de una cierta superficie de terreno, salvo que aparezca que no pretenden "hacer diferencia en el precio, aunque la cabida sea mayor o menor". Pienso que no solamente la referencia al precio, sino a la identidad misma de la cosa, es lo que importa considerar en la voluntad de los contratantes; en efecto, si se menciona en el contrato que el predio, perfectamente especificado por su situación, títulos de adquisición o de otra forma, tiene "más o menos" quince hectáreas, y resulta que una medida realizada posteriormente acusa que solamente tiene catorce, no se duda sobre la identidad del inmueble vendido: es el mismo que se quiso vender. La cuestión de la reclamación sobre el precio, es cuestión diferente, que veremos más adelante.

30.15. Cuando la venta es por área o cabida, la **fijación del precio** se puede realizar de diversas maneras: un precio total, considerando dicha superficie, que se ha de entregar íntegra; o bien, determinando un precio por unidad (tanto por hectárea, o por metro cuadrado); o distinguiendo diversas zonas o calidades de terreno y dando un precio unitario a cada una de ellas. Estas múltiples posibilidades se aplican, por expresa disposición del artículo 1771 también al caso de venta de varios predios en una

sola venta; por ejemplo, se estipula que el predio A, de quinientas hectáreas, se vende en mil millones, el predio B, en una zona muy buena, a razón de tres millones por hectárea, y otra zona menos buena al precio de un millón por hectárea; se deberá medir estas zonas y calcular su precio total; en este ejemplo se combinan varios modos de vender, pero en todos ellos aparece la voluntad de los contratantes de sujetarse a las reglas de la venta "por cabida". "En todos los demás casos -dice el último inciso del artículo 1771-, se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto"; estos otros casos son: si no se menciona ninguna cabida; si se la menciona pero solo de modo referencial, no para identificar el predio o para establecer su precio; si expresamente las partes excluyen la consideración de la superficie, si renuncian a toda reclamación por razón de la mayor o menor extensión que pueda tener el predio.

30.16. Asumamos ahora el problema que se presenta en la venta por la cabida, cuando **no coincide** lo dicho en la compraventa y la real extensión del predio vendido.

El artículo 1772 dice: "Si se vende el predio con relación a la cabida, y la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, deberá el comprador aumentar proporcionalmente el precio; salvo que el precio de la cabida que sobre, alcance a más de una décima parte del precio de la cabida real. En este caso podrá el comprador, a su arbitrio, aumentar proporcionalmente el precio, o desistir del contrato; y si desiste, se le resarcirán los perjuicios según las reglas generales.

Y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla. Si esto no fuere posible, o no se le exigiere, deberá sufrir una disminución proporcional del precio; pero si el precio de la cabida que falte alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa, podrá el comprador a su arbitrio, aceptar la disminución del precio o desistir del contrato, en los términos del precedente inciso".

Se distinguen, pues, los dos casos posibles cuando no coincide la superficie de lo vendido con la realidad: es mayor o es menor la cabida real, con relación a lo pactado.

Si se encuentra **mayor área** de la que se vendió, la equidad obliga a compensar al vendedor, y así lo establece el artículo 1772 en el primer inciso; esa compensación será aumentando proporcionalmente el precio, pero se ha señalado un límite razonable: si la cabida supera en más de la décima parte del precio de la cabida real (es decir el diez por ciento del precio que corresponde a la verdadera área del inmueble), entonces el comprador no estará obligado a completar el precio, puesto que puede exceder a sus posibilidades , sino que se le da la opción de completarlo o de desistir del contrato. La solución es perfectamente justa y equitativa. Cuando se haya vendido unas zonas por un precio unitario y otras por otro diverso, habrá diferencia entre la décima parte de la superficie y la décima parte del precio y lo que se toma en consideración es el precio.

En el caso contrario, cuando **la cabida resulta inferior** a lo que se había vendido, el Código primeramente señala la obligación del vendedor de "completar la cabida", pero esto debe solamente si es posible y se le pide. Cuando se vende una parte de un predio de mayor extensión, generalmente será posible completar la cabida insuficiente de la parte que se vendió, pero si lo vendido fue todo el predio que tenía el vendedor ya no será posible completar la cabida". El otro supuesto en que el vendedor no está obligado a este complemento es "si no se le exigiere", con lo cual, se reconoce también aquí al comprador la opción de pedir o no pedir el complemento de superficie, y si opta por recibir el predio con su área inferior a la prevista, se disminuirá proporcionalmente el precio Pero, el comprador no está obligado a recibir el inmueble de área insuficiente en cualquier caso, sino solamente está obligado a admitir la rebaja proporcional del precio cuando la parte faltante no supera en precio al de la verdadera cabida, en una proporción del diez por ciento.

30.17. Si la venta se ha hecho en **remate público**, interviniendo el juez como representante del vendedor, los términos de la convocatoria al remate son los que determinan la calidad de la venta y si posteriormente se han modificado las condiciones, esto no puede afectar a quien haya adquirido el inmueble por la respectiva sentencia o auto de adjudicación; esto también ha sido objeto de jurisprudencia.

30.18. Todas estas normas existen fundamentalmente para los predios rústicos, pero pueden y deben **aplicarse por analogía** en ciertos casos

que lo exige la equidad, a los urbanos, además, de que las partes pueden expresamente pactar lo que más les convenga a este respecto. Borda hace notar que en las ventas urbanas, si bien generalmente no se considera la cabida, pueden darse casos en los que se impone el tomarla en cuenta, porque si la exigüidad del terreno lo hace inservible para cualquier clase de construcción, habrá que reconocer al comprador el derecho de pedir la resolución. Esto se produce con frecuencia por la expedición de ordenanzas municipales que ordenan la ampliación de calles o plazas, recortando notablemente los solares adyacentes. En el otro extremo se sitúa la hipótesis que plantea Planiol, de que la parte de terreno perdida, se mínima, y entonces no habría lugar ninguna reclamación y mucho menos, a pedir la resolución del contrato.

30.19. Si bien la entrega de los inmuebles se ha de hacer normalmente como cuerpo cierto, sin considerar la cabida sino en las circunstancias que quedan anotadas, se da también una situación que podría calificarse de intermedia entre la venta por cabida y la que se hace como cuerpo cierto: esto es cuando no se calcula el precio en relación con la superficie, pero si **se señalan los linderos del cuerpo cierto**. Entonces, es obvio que los linderos determinan el cuerpo cierto y también, indirectamente, garantizan un determinada superficie que ha de ser entregada; no es una venta por la cabida, pero esa superficie comprendida dentro de los linderos no puede ser otra distinta, y, si el vendedor no entregare todo lo contenido dentro de los linderos marcados en la compraventa, el comprador puede exigírselo; si no lo hace o resulta imposible que el vendedor entregue todo lo que se comprometió a dar, se produce un efecto similar al de la venta por cabida: el comprador tiene derecho a una rebaja proporcional, y si el valor de la parte faltante excede a la décima parte de lo realmente entregado, el comprador puede exigir la resolución del contrato.

El artículo 1773 resuelve estos dos asuntos: el efecto de vender como cuerpo cierto, y el de vender un cuerpo cierto con señalamiento de linderos; para el segundo, se remite a las normas de la venta por cabida: "Si el predio se vende como cuerpo cierto, no habrá derecho por parte del comprador ni del vendedor para pedir rebaja o aumento del precio, sea cual fuere la cabida del predio. Sin embargo, si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregarle todo lo comprendido en ellos, y si no pudiere o no se le exigiere, se observará lo prevenido en el

inciso segundo del artículo precedente". Nótese que este artículo 1773 no hace distinción de predios rústicos o urbanos, y es aplicable a ambos.

30.20. La **jurisprudencia** nacional sobre venta de bienes raíces es muy abundante, aunque no aclara en mayor medida lo que ya está consignado en la ley, salvo en cuestiones de detalle o de aplicación práctica; también hay numerosos asuntos de índole procesal. A modo de ejemplo se citan a continuación algunas resoluciones de la Corte Suprema.

Se deja sentado el criterio de que no son incompatibles las acciones presentadas, de nulidad de escritura pública y, como subsidiaria, de lesión enorme. Habiéndose planteado la nulidad absoluta, la Corte examina y llega a la conclusión de que existió una simulación y que se hizo aparecer la venta como realizada por la cabida, señalando un precio por metro cuadrado y dando las dimensiones del predio, pero que, como existe coincidencia de las dimensiones por todos los lados, la diferencia en la superficie no da lugar a reclamación, ya que sólo se debe a un mal cálculo matemático.

"La acción intentada es singular. No se deducen las acciones comprendidas en los artículos 1772 y 1773 del Código Civil. Lo que se pide es una declaración judicial en vista de la escritura. El artículo 1771 dice que un predio rústico puede venderse con relación a la cabida o como especie o cuerpo cierto. En definitiva, lo que pide la demanda es que se diga que la compraventa fue de cabida determinada y no de cuerpo cierto. La ley es clara al respecto: "Se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato (...)". En la compraventa, dicen los vendedores: "que dan en venta a favor de Manuel, un retazo de terreno, de la superficie de medio solar, más o menos, ubicado en este cantón, que adquirió la esposa vendedora por herencia de sus abuelos. Más adelante, la misma escritura expresa así: "los linderos del predio vendido son: terrenos, etc. (...)". De tal manera que no consta que la venta se haya realizado con relación a la cabida. Lo que se vende es el retazo de terreno, de medio solar más o menos. Con relación a la escritura se hizo la entrega, lo que significa que el vendedor entendió bien lo que vendía y esa entrega fue de lo vendido en relación con sus linderos. El cambio que pretende incorporar en la confesión que tanto el demandante como su mujer rinden, no altera lo que consta en la escritura".

"Se ha establecido con la copia auténtica de la escritura pública, que la venta se hizo con relación a la cabida y, por tanto, el vendedor estaba obligado a entregar lo que se expresa en el contrato. El demandado estaba obligado a demostrar sus excepciones y fundamentalmente aquello de que la disminución de la cabida obedeció a que el Municipio abrió una calle y ocupó una parte del predio de los actores, problema surgido con posterioridad a la celebración de las escrituras. Empero, esto no ha ocurrido cuando bien pudo demostrar lo afirmado, mediante certificación del Municipio. En consecuencia, se dispone que el vendedor complete la cabida o si esto no fuera posible, disminuya proporcionalmente el precio".

"El actor fundamenta su demanda de desistimiento de contrato en el artículo 1772 del Código Civil, basado en la falta de entrega material del inmueble, acción sujeta a la limitación del artículo 1774; mas, si bien aparece que ha pedido de los demandados el comprador principió a recibir el inmueble, de común acuerdo resolvieron designar un ingeniero para nueva medición y establecer la cabida real del predio y su comprobación planimétrica, hecho que aún no se ha cumplido, por lo que la acción deducida es prematura y se la rechaza".

Se demanda por la vía ejecutiva la entrega de 14 hectáreas faltantes en un predio cuya escritura de venta figura con la cabida de cincuenta hectáreas. La Sala acepta la acción, por ser título ejecutivo la escritura, y ordena la entrega de las hectáreas faltantes, lo cual es posible, porque se trata de la venta de una parte de un predio que tiene mayor extensión y cuya propiedad conservan los vendedores. La parte faltante que deben entregar, se precisa que ha de ser contigua, "constituyendo un solo cuerpo con la parte que se ha entregado".

31. Modalidades de la entrega

3.1. La obligación fundamental del vendedor consiste en la entrega de la cosa vendida, concebida en un doble sentido o abarcando una doble acción, una estrictamente jurídica -la tradición- y otra material. La entrega tiene por objeto que el comprador llegue a ser propietario y poseedor de la cosa vendida. A esta doble finalidad de la entrega, corresponde el doble carácter de la misma, como una acción de hecho y un acto propiamente jurídico.

3.2. En nuestro sistema no basta, con poner al comprador en aptitud de tener la cosa prácticamente, sino que se **trata de hacerle propietario**; y como consecuencia del dominio, también se adquiere normalmente la posesión.

La obligación del vendedor se extiende, pues, a constituir al comprador en propietario y poseedor de la cosa.

3.3. Tratándose de **bienes muebles**, suele coincidir el acto material de la entrega con la transferencia del dominio; el vendedor, el momento mismo de la venta entrega el mueble y el comprador se hace propietario y poseedor. Pueden las partes retardar la entrega, por un plazo o condición, pero lo normal es lo primeramente indicado, de modo que la compraventa, que es título de transferencia del dominio, surte su efecto inmediato mediante la entrega que también es inmediata en la mayoría de los casos.

La tradición de una cosa corporal mueble, supone ponerla a disposición del comprador, a la vez que el vendedor se desprende de ella. El artículo 700 indica que esto se puede realizar por uno de los seis medios siguientes: "1. Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente; 2. Mostrándosela; 3. Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa; 4. Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro, en el lugar convenido; 5. Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario o a cualquier otro título no traslativo de dominio, y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.". Estos modos de efectuar la tradición tienen una antigua historia, que arranca del derecho Romano.

3.4. El artículo 194 del Código **de Comercio** agrega, que "la entrega de la cosa se hará por uno de los medios prescritos en el Código Civil, y además: 1. Por el **envió** que de ella haga el vendedor al comprador, a su domicilio o a otro lugar convenido en el contrato; a menos que la remita a un agente suyo con la orden de nó entregarla hasta que el comprador pague el precio; 2. Por la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura, en los casos de venta de mercancías que están en tránsito; y, 3. Por el hecho de poner marca el comprador, con el consentimiento del

vendedor, a las cosas compradas". Se añade, por la reforma del 27 de marzo de 1968: "4. Por la transmisión del certificado de depósito de la mercancía en Almacenes Generales de Depósito".

Los modos de entrega previstos por el Código de Comercio corresponden a las prácticas usuales en la compraventa de cosas que deben ser desplazadas de un lugar a otro, muchas veces por el comercio de exportación e importación, o al menos, de una plaza a otra dentro de la República. Pero en todos estos modos, se coincide con las actitudes previstas en el Código Civil que consisten en definitiva en dejar en manos del comprador, la cosa misma o lo que la representa, sus títulos materiales ("cartularios" o que constan en una carta o documento).

El mismo Código de Comercio regula con mayor detalle otros casos específicos de compraventa, en los que no nos detenemos, como el de mercaderías que se encuentran en viaje. El artículo 177 indica que hecha la designación de la nave que las transporta o debe transportarlas, la compraventa queda subordinada a la condición de que llegue la nave. No se perfecciona el contrato mientras no se determina la nave; a través de esta determinación se especifica la cosa vendida, y, en principio se la entrega al comprador cuando llega la nave a su destino.

3.5. Muy diferente es la norma legal sobre los **inmuebles.** Ya sabemos que en el Ecuador, **la tradición se verifica por la inscripción** de la escritura en el Registro de la Propiedad. El documento notarial, o la providencia judicial en el caso de las ventas forzosas hechas por orden del juez, contiene el contrato, la compraventa, pero el efecto transmisor del dominio se realiza por la tradición consistente en la inscripción de dichos documentos. La compraventa está perfeccionada por la escritura pública o la providencia judicial, pero origina solamente obligaciones: la fundamental obligación de transferir el dominio y la posesión al comprador.

El dominio, y como consecuencia, la posesión jurídicamente se transfieren por la inscripción, pero se requiere también que el comprador pueda entrar materialmente en posesión de la cosa, lo cual implica una **entrega material.** Por tanto, la tradición adquiere en nuestro sistema esta doble fase: la entrega jurídica y la entrega de facto. La primera se realiza por la inscripción del título y la segunda, materialmente.

Que son necesarias ambas modalidades de entrega, conjuntamente, ha sido reafirmado numerosas veces por la jurisprudencia nacional. Si falta la entrega de la cosa misma, aunque se haya inscrito la escritura, el comprador puede reclamar judicialmente; así como tampoco basta la materialidad de constituir al comprador en poseedor, sino que se debe transferirle el dominio mediante la inscripción.

Frecuentemente se autoriza al mismo comprador para que él obtenga la inscripción de la escritura, pero este mandato dado al comprador, no desvincula al vendedor de su obligación, y el comprador puede exigirle que realice la inscripción, sin que el vendedor pueda objetar que ya autorizó para que lo haga la otra parte.

La inscripción, por sí sola no extingue la posesión material del vendedor, y si se negara a entregar la cosa al comprador, éste no podría entrar de viva fuerza en posesión, ya que sería poseedor violento; lo que debe hacer es dirigirse al juez para que ordene la ejecución del contrato y complete la tradición jurídica con la entrega material que falta de realizar.

Más adelante examinaremos el caso de la venta con reserva de dominio, en lo que se entrega materialmente la cosa vendida pero el vendedor conserva la propiedad, hasta que se cumpla un plazo o condición que, normalmente, consiste en el pago total del precio. Pero esta forma de compraventa requiere de un pacto expreso entre las partes; si no lo hay, se debe proceder a la doble modalidad de la entrega.

3.6. En una sentencia se aclaran importantes aspectos: "Son dos las obligaciones del vendedor: la entrega o tradición y el saneamiento; cuando por hecho o culpa suya se ha retardado la entrega, puede el comprador perseverar en el contrato o desistir de él, con derecho en ambos casos, a ser indemnizado; mas, como el legislador no determina un período dentro del cual pueda pedirse el cumplimiento de un contrato bilateral, en relación a la entrega de la cosa, rigen las normas comunes, y en particular el artículo 2415 del Código Civil que señala diez años para el ejercicio de la acción ordinaria, tiempo que al no haber transcurrido desde que la obligación se hizo exigible, hace inaceptable la prescripción opuesta a la entrega demandada. En la controversia, si el actor, por haber así convenido, inscribió la compra en el Registro de la Propiedad, es evidente que el vendedor, como

lo dispone el artículo 702 del Código Civil, hizo la entrega de la cosa raíz y, si en los lotes comprados, ejecutó actos que demuestran que entró en posesión real y efectiva, es innegable que obtuvo también la entrega material que reclama, pues "el hecho de vender con relación a la cabida no obliga por si sólo al vendedor a medir el predio antes de entregarlo, salvo, naturalmente, que así se estipule, ya que ninguna disposición legal le impone tal obligación", y no aparece que los contratantes así hayan convenido.

En otra resolución de la Corte Suprema, se reconoce que en el juicio se ha demostrado que no se ha podido inscribir la escritura, por lo cual no hay tradición; pero tampoco se ha hecho la entrega material del inmueble vendido, luego, tiene derecho el comprador de pedir la resolución, que se declara. No se concede indemnización de perjuicios por no haberla reclamado el actor en la demanda, pero sí, los intereses del precio pagado y que debe devolver el vendedor.

32. Tiempo en que debe realizarse la entrega

32.1. Respecto de cuándo se debe hacer la entrega, hay que distinguir la situación normal y corriente, y ciertos casos de excepción.

La **regla general** dice que la tradición ha de ser "de inmediato", tan pronto como sea posible, un vez perfeccionado el contrato. La excepción más común consiste en que las partes establezcan otra cosa, y pueden hacerlo a través de un plazo o condición suspensiva.

32.2. Constituyen **circunstancias anómalas,** que permiten retardar la entrega, si el comprador no ha pagado aún el precio y cae en **inobservancia**, o por el estado de sus negocios peligra el pago y no puede dar una garantía competente.

Partimos del supuesto de que la compraventa se ha perfeccionado, porque si esto no es así, no hay obligación de entregar la cosa. El artículo 1762, por ejemplo, dispone que si han convenido el vendedor y el comprador en cuanto al precio y que la cosa vendida deba ser contada, pesada o medida en determinado día y no comparece uno de ellos, estará obligado a resarcir al otro los perjuicios que de su negligencia se siguieren. Además, el contra-

tante que no faltó a la cita podrá, si le conviniere, desistir del contrato. En este último caso, lógicamente, no estará obligado a entregar la cosa vendida. Se requiere, pues, que el contrato esté perfeccionado y que no se halle pendiente de plazo o condición.

32.3. Suele pactarse que la entrega no se hará sino una vez **cancelado todo el precio**, o una parte considerable de él. Esto se autoriza en el artículo 696, para cualquier género de obligaciones, y más directamente para la compraventa, en el artículo 1747. Pero, si no hay esta u otra condición, ni se ha concedido plazo, la entrega debe ser inmediata, como ordena el artículo 1766. Este dice así: "El vendedor estará obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él. Si el vendedor, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él; y en ambos casos, con derecho para ser indemnizado por los perjuicios, según las reglas generales. Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro, o si se ha estipulado pagar a plazo. Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago".

A través de estas normas, el Código, establece la vigencia de la equidad, y el funcionamiento razonable de un contrato que por ser sinalagmático, debe siempre conceder los derechos a cada parte, en función del cumplimiento de sus obligaciones para con la otra.

Ciertamente si el comprador no ha pagado el precio que debía pagar -sea por no existir plazo o por hallarse vencido-, no puede reclamar la entrega de la cosa. Cumpla su obligación o garantice de modo satisfactorio al vendedor, y entonces reclame la entrega.

32.4. Más difícil resultará la situación del vendedor, cuando no hay una negativa injustificada de pago por parte del comprador, o éste goza de un plazo que está aún pendiente, y "**ha menguado considerablemente la fortuna** del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro de perder el precio". Si el comprador ha caído en insolvencia o quiebra, resulta evidente que se está en la hipótesis del artículo 1766; pero hay otros

casos, que, sin llega a tal extremo pueden poner en peligro el pago del precio y esto no será fácil que pueda demostrar el vendedor, para justificar su negativa a entregar. En cualquier circunstancia, si el comprador garantiza suficientemente el pago, no puede negársele la entrega de la cosa.

32.5. La **consecuencia del incumplimiento** en cuanto a la entrega oportuna de la cosa vendida es clara: da derecho al comprador para escoger entre perseverar en el contrato y exigir la entrega, o bien, puede desistir del contrato y, en ambos casos, podrá pedir indemnización de los perjuicios que se le hubieren ocasionado, siempre que los pruebe, naturalmente. En numerosas sentencias se ha confirmado esta norma.

32.6. La falta de entrega de todo o parte de la cosa vendida no da derecho al comprador a **negarse a pagar** el precio que debe, por estar vencido el plazo. Tampoco se le autoriza al comprador hacer depósito judicial o consignación del precio, sino que debe utilizar una de las acciones alternativas que le confiere el artículo 1766, para pedir la entrega o la resolución del contrato, exigiendo, si quiere, en uno u otro caso la indemnización de perjuicios.

32.7. Según el claro texto del artículo 1766, la **indemnización de perjuicios** a que tiene derecho el comprador, es consecuencia de haber vencido al vendedor en cualquiera de las dos acciones concedidas por el propio artículo, esto es, o bien en la de perseverar en el contrato, bien en la resolutoria; y por lo mismo, tal indemnización sólo procede cuando, justificados los perjuicios, la sentencia admite una de las expresadas acciones. Por la misma razón, no cabe que el comprador demande ejecutivamente de modo directo, sino que previamente ha de seguir juicio ordinario para establecer la obligación del vendedor de entregarle la cosa, y probar los perjuicios que reclama. Con base de sentencia favorable si procede el juicio ejecutivo para hacer efectiva la entrega y para cobrar la indemnización.

32.8. A la obligación de entregar que tiene el vendedor, corresponde la correlativa del comprador, de **recibir la cosa** en el tiempo y lugar convenidos. No sólo el incumplimiento del vendedor puede originar perjuicios y el tener que indemnizarlos; si el comprador se niega injustificadamente a recibir la cosa, incurre en mora de recibir y se sujeta a las consecuencias. Dice el artículo 1767: "Si el comprador se constituye en mora de recibir,

abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa y sólo será responsable del dolo o de la culpa grave".

Se supone que la negativa del comprador es injustificada, porque, evidentemente, si se le quiere entregar una cosa distinta de la que compró, o en malas condiciones, se justifica su negativa de recibir y no incurre en mora.

Nótese que la mora de recibir, es tratada por el Código con menor severidad que la mora en el pago, ya que ésta puede originar la resolución del contrato a petición del vendedor, mientras que la resistencia y retardo en recibir lo vendido no da este derecho al vendedor, sino solamente el de resarcirse los gastos de mantenimiento de la cosa, y disminuye su responsabilidad por la conservación de ella.

32.9. El **Código de Comercio** contiene disposiciones similares a las del Civil: según el artículo 199: "No entregando el vendedor, dentro del plazo estipulado, el comprador podrá solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y en uno y otro caso la reparación de los perjuicios que hubiere sufrido", el siguiente dice: "El comprador que contratare en conjunto una determinada cantidad de mercancías, no está obligado a recibir una porción de ellas bajo promesa de que se le entregará posteriormente las restantes. Pero si el comprador aceptare las entregas parciales, la venta se tendrá por consumada en cuanto a las porciones recibida, aun cuando el vendedor no le entregue las restantes. En este caso, el comprador podrá compeler al vendedor a que cumpla íntegramente el contrato, o a que le indemnice los perjuicios que le cause el incumplimiento". Finalmente, tiene especial interés el artículo 193: "Si en el tiempo que medie entre la fecha del contrato y el momento de la entrega, hubieren disminuido las facultades del comprador, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, aun cuando haya dado el pago del precio, si no se rindiere fianza que le da la seguridad satisfactoria". Los textos de ambos códigos son coincidentes en el fondo, aunque varían las palabras, y sirven recíprocamente para su mejor interpretación.

33. Efectos de la entrega o de la falta de la entrega debida

33.1. Verificada la entrega de la cosa, la compraventa produce su efecto natural que consiste en **que el comprador llegue a ser dueño y poseedor** de lo comprado: la compraventa es título traslativo de dominio, que justifica la tradición, el modo a través del cual se transfiere la propiedad, y como consecuencia de ser dueño, el comprador también será normalmente poseedor.

Este funcionamiento natural del sistema jurídico puede alterarse, modificarse, por especiales pactos entre las partes, como cuando establecen la reserva de dominio a favor del vendedor.

También hay que tener presente que la **tradición** únicamente transfiere los derechos que el tradente tiene sobre la cosa, y por consiguiente, si carece del dominio, no puede adquirirlo el comprador por el sólo hecho de la entrega de la cosa. Sin embargo, aún en el caso de no ser dueño el vendedor, el comprador puede llegar a serlo si adquiere por prescripción, o por posterior ratificación de la enajenación, hecha esta ratificación por el verdadero dueño.

33.2. La primera consecuencia de la **falta de entrega o tradición,** consiste en que no se transfiere la propiedad del vendedor al comprador, ya que la sola compraventa (título translativo), no basta, y sin el modo, que es la tradición, no hay tal transferencia.

Entre las partes, la falta de entrega, significa que una y otra tienen el derecho de exigir el cumplimiento del contrato: el comprador puede ejercitar la acción judicial *ex adimpleti contractu,* para que se cumpla la obligación fundamental del vendedor. Si se niega a realizar por sí mismo la tradición, el juez puede reemplazar la voluntad del rebelde, y ordenar la inscripción de la escritura pública -tratándose de inmuebles- o decretando la aprehensión material de la cosa para su entrega al comprador. Todo esto, desde luego, siempre que el derecho del comprador haya sido probado debidamente en juicio y no exista, plazo, condición u otro impedimento legal para la entrega, y siempre que sea también posible, porque nadie está obligado a lo imposible (por ejemplo, hay imposibilidad si la cosa se ha destruido totalmente o ha salido de la disponibilidad del vendedor).

33.3. También el vendedor tiene -además de la obligación de entregar-, el **derecho a que se realice la entrega** en el tiempo, lugar y condiciones establecidas, de modo que si el comprador se niega a recibir cuando debe hacerlo, cae en mora de recibir, y el vendedor tiene derecho de que se le pague alquiler de los depósitos o recipientes en que se guarde la cosa, y los gastos normales de conservación (si es un inmueble, se puede necesitar un guardián pagado, etc.), mientras que disminuye su responsabilidad por los deterioros o la pérdida de la cosa, pues solamente responderá por dolo o culpa grave (Art. 1767).

33.4. El comprador, además de exigir la entrega, que no se haya cumplido voluntariamente en tiempo y manera oportunos, puede también **optar por desistir** del contrato. Esto significa que puede demandar la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor. La jurisprudencia ha aclarado que se requiere el ejercicio de la acción judicial, por lo que no basta la mera determinación privada del comprador de "desistir", sino que ha de alcanzar del juez la sentencia en que se reconozca su derecho a desistir; solamente con tal sentencia ejecutoriada, podrá reclamar la devolución del precio que hubiere pagado más los intereses.

33.5. Tanto si el comprador opta por exigir el cumplimiento del contrato, como si obtiene la resolución del contrato, tiene derecho a que el vendedor le **indemnice por los perjuicios** que le haya causado el incumplimiento, siempre que pruebe dicho perjuicio, que puede consistir en lucro cesante o en daño emergente o en ambos a la vez. La jurisprudencia ha matizado varios detalles de esta indemnización, aceptando demandas de ella en algunos casos y rechazándola en otros, por falta de prueba o porque se haya demostrado que los perjuicios se habrían producido en todo caso, aunque se hubiera cumplido con la entrega oportuna.

El no cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, en el tiempo debido, produce siempre el efecto de conferir al comprador la opción para iniciar una de las dos acciones judiciales que hemos indicado: para exigir el cumplimiento o para resolver el contrato. En cambio, el otro efecto -el de poder reclamar indemnización de perjuicios-, no es idéntico en cualquier circunstancia, sino que la responsabilidad del vendedor puede ser mayor o menor. No es lo mismo que deje de entregar la cosa por culpa de él mismo, que si no la entrega por fuerza mayor o caso fortuito. A este respecto,

el artículo 797 del Código Civil dispone que se pueda pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga disposición judicial en contrario. Por tanto, si el juez ha prohibido la entrega de la cosa, naturalmente, el vendedor no tendrá que indemnizar, a menos que la prohibición a su vez dependa de un hecho culpable del mismo vendedor. En lo demás, hay que aplicar las normas generales sobre la responsabilidad en caso de mora y las especiales sobre la compraventa.

33.6. El Código de **Comercio,** en el artículo 178 se refiere a la venta de mercancías que están en viaje. Si se ha fijado plazo y las mercaderías no llegan, el comprador tiene derecho de resolver el contrato, o de ampliar el plazo; esta segunda opción, equivale al derecho de perseverar en el contrato, que le reconoce el Derecho Civil. La prórroga del plazo puede dar lugar a que las cosas perezcan en ese tiempo suplementario y se aplicará entonces las normas generales sobre la responsabilidad o sobre la liberación de responsabilidad por caso fortuito.

33.7. La **acción** del comprador, para que se le entregue la finca comprada, es inmueble, como lo declara el artículo 597 del Código Civil. Por tanto, esta acción no podrá cederse o venderse sino por escritura pública y deberá a su vez inscribirse.

Una sentencia ha reconocido que la acción del comprador para pedir la resolución del contrato de compraventa de un inmueble, puede presentarse como subsidiaria de la otra acción por la cual el comprador demanda la rebaja del precio por cabida insuficiente.

La prueba de la mala situación económica del comprador que debe pagar el precio, es indispensable para que el vendedor pueda lícitamente negar la entrega de la cosa; sin esa prueba, la acción intentada para prohibir al comprador que a su vez enajene la cosa que ha comprado, será rechazada.

33.8. La **jurisprudencia** ha declarado que no solamente la venta de cosa ajena vale, sino que también la tradición de la cosa ajena que se ha vendido, produce algunos efectos. Nadie puede transmitir lo que no tiene el que no es dueño no puede hacer una tradición válida de un dominio que no le pertenece, pero el que recibe puede ganar por prescripción el dominio del

que el tradente carecía, aunque el mismo tradente no haya tenido ese derecho de ganar por prescripción, conforme ordena el artículo 699 y lo ha reconocido la jurisprudencia.

La entrega de la cosa puede constar y probarse de diversas maneras. Desde luego, si se trata de inmuebles, la prueba indispensable será la inscripción en el Registro de la Propiedad, que nunca podrá sustituirse por la prueba de testigos; éstos pueden probar la entrega material de la cosa, mueble o inmueble. Pero las obligaciones cuya cuantía supere una cantidad (dos mil sucres, aunque esto deberá analizarse) no admiten prueba de testigos, salvo que existía un principio de prueba por escrito (Arts. 1725 y 1728).

33.9. El Código de **Comercio,** en los artículos 187 y 188 señalan los efectos en cuanto a la responsabilidad por modificaciones de la cosa vendida, que se resuelven en la entrega de algo en cierto modo distinto de lo que se debía entregar. "La pérdida, deterioro o mejora de la cosa venida, después de perfeccionado el contrato, es de cuenta del comprador, salvo el caso de estipulación en contrario, o que la pérdida o deterioro se hay producido por fraude o culpa del vendedor o por vicio interno de la cosa vendida". La regla general es que el riesgo corresponde al dueño o al deudor en mora; en este caso el comprador asume el riesgo, aunque no haya recibido la cosa, pero la actuación del vendedor de mala fe o culpablemente, pasa la responsabilidad a éste.

Cuando no se ha **precisado** aún la cosa, la compraventa no está perfeccionada, y por esto, el vendedor responde de la pérdida, deterioro o caso fortuito superveniente a la celebración del contrato: si no se ha determinado precisamente la cosa, como cuando la cosa debe marcarse y no se ha marcado, o debe contarse o pesarse y no se ha medido, o debe examinarse y probarse y no se ha probado; o son cosas fungibles; o se ha estipulado que la venta se perfeccione por la entrega dentro de cierto plazo que aún no se cumple; si el vendedor incurre en mora de entrega dentro de cierto plazo que aún no se cumple; si el vendedor incurre en mora de entregar; si las obligaciones son alternativas y pereciere una de ellas por hecho del vendedor, éste deberá el precio corriente de la última que pereció, siempre que le corresponda la elección. Si la elección no perteneciese al vendedor, y una de las cosas hubiere perecido por caso fortuito, el comprador deberá

contentarse con la que exista; mas si hubiere perecido por culpa del vendedor, podrá pedir la entrega de la existente o el precio de la perdida. (art. 188 del Código de Comercio).

33.10. También el artículo 1520 del Código Civil distingue los casos **de culpa o fortuitos**, y en las obligaciones alternativas, si el derecho de escoger corresponde al deudor o al acreedor, considerando además su buena o mala fe: "Si perecen todas las cosas comprendidas en las obligaciones alternativas sin culpa del deudor, se extingue la obligación. Si con culpa del deudor, estará éste obligado a pagar el precio de cualquiera de las cosas que elija, cuando la elección le corresponde; o a pagar el precio de cualquiera de las cosas que el acreedor elija, cuando la elección corresponde al acreedor". Todo esto es aplicable a la compraventa, cuando no se ha entregado la cosa vendida.

Igualmente se aplican a la compraventa otras normas generales de las obligaciones. Así el artículo 1714 establece que si se destruye la cosa debida por hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio, sin otra indemnización.

El artículo 1502 señala las reglas generales sobre responsabilidad en las obligaciones condicionales del que debe una cosa: "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y, si por culpa del deudor, éste se halla obligado a pagar el precio, y la indemnización de perjuicios. Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligados a dar más por ella, y sufriendo el deterioro o disminución sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor. En ese caso, el acreedor podrá pedir, o que se rescinda el contrato, o que se le entregue la cosa; y, además de lo uno o de lo otro, tendrá derecho a la indemnización de perjuicios. Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa".

Se aplican a la compraventa las normas generales de las obligaciones o algunas de ellas como las solidarias; por ejemplo el artículo 1537, que con-

sidera el caso de varios deudores solidarios, aunque sólo a alguno o algunos han dado lugar a la mora o culpa; el artículo 1548, que regula lo relativo a dos o más acreedores de una obligación indivisible y uno de ellos remite la deuda o recibe el precio en lugar de la cosa debida, o el artículo 1688 que se refiere a la pérdida de la cosa que se debe de modo que si perece la cosa debida -cuerpo cierto-, por culpa del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto: el deudor está obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. Se regula también el caso fortuito: si la cosa hubiera perecido igualmente, en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de perjuicios por la mora: si el caso fortuito sería igual en manos de uno u otro, se debe el precio de la cosa y la indemnización de perjuicios por la mora. Más raro es el caso previsto en el artículo 1691: que reaparezca la cosa perdida, y entonces el acreedor puede reclamarla, restituyendo el precio que recibió en lugar de ella. Entiendo que esto no se aplicaría en la compraventa cuando el acreedor comprador usó ya su acción alternativa y pidió el precio, porque en ese momento renunció a recibir la cosa misma.

33.11. Hay también una **protección penal** al comprador, por cuanto el Código Penal castiga al vendedor que actúa dolosamente, engañando al comprador "acerca de la identidad de la cosa vendida, entregando fraudulentamente una cosa distinta del objeto determinado sobre el cual ha versado el contrato; y, acerca de la naturaleza u origen de la cosa vendida, entregando una cosa semejante en apariencia a que se ha comprado o querido comprar" (art. 564 del Código Penal).

33.12. El artículo 1774 dice: "Las acciones dadas en los dos artículos precedentes expiran al cabo de un año desde la entrega". Estas acciones son las que acabamos de explicar: 1. Para obtener la entrega de la cosa vendida; 2. Para resolver el contrato, por falta de la entrega debida; y, 3. La de indemnización de perjuicios en uno y otro de los dos casos anteriores.

33.13. Nuestra ley habla de **"expiración" de estas acciones**, y no se trata propiamente de prescripción extintiva. Refiriéndose a estas acciones, Planiol sostiene que en el derecho Francés, no hay una prescripción, carta de tales acciones, sino que éstas "caducan", y la caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende y corre contra toda clase de personas. Considero aplicables estos conceptos a nuestro derecho.

Encuentro una sentencia en la que se rechaza la acción intentada para completar la cabida de un inmueble, por no haberse entregado completa la finca vendida, pues "se intentó la acción extemporáneamente", pasado el plazo de un año. En cambio, un caso un tanto diverso, se presentó por haber demandado el comprador que se verifique "la medición del terreno" a la que se habían obligado ambas partes por escritura pública; no habiéndose cumplido este requisito, el comprador tenía derecho de pedir la medición, aun después de cumplido un año de la celebración del contrato y de haber entrado en posesión del inmueble, porque esta especial obligación no entraría, según la sentencia, en la caducidad de las acciones previstas en el artículo 1774 del Código Civil.

33.14. Termina el parágrafo 6o. que estamos exponiendo, con un artículo que sorprende un tanto: "1776. Además de las acciones dadas en dichos artículos compete a los contratantes la de lesión enorme, en su caso". Digo que sorprende, porque todo el parágrafo 6o. se refiere "a las obligaciones del vendedor y primeramente a la de entregar", mientras que la acción de lesión enorme, corresponde tanto al vendedor como al comprador, y no se refiere directamente a la obligación de entregar, sino al precio de la cosa; pero, hay, indudablemente una relación entre las diversas acciones que protegen a las partes de la compraventa. Solamente cabe observar que, además de la acción de lesión enorme, hay otras acciones, como las que provienen de vicios redhibitorios, la de saneamiento por evicción, la de resolución por cumplimiento de condición resolutoria, etc. No parece, pues, necesario, ni muy acertado el artículo 1776.

CAPÍTULO VII
DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN

34. Obligación de garantizar

34.1. El vendedor no solamente debe entregar la cosa vendida, sino que debe, por regla general **garantizar** al comprador que podrá disfrutar de la cosa. No podría el comprador beneficiarse como le corresponde, si es despojado de la cosa o si ésta resulta inservible; de aquí que la garantía del vendedor opera en dos formas: contra la evicción y contra los vicios ocultos del objeto vendido.

La garantía de **evicción**, significa que el vendedor ha de asegurar al comprador la justa indemnización si es despojado legalmente de la cosa, sea total o parcialmente.

Se parte del supuesto de que el comprador puede ser "evicto", es decir, **vencido jurídicamente**, y privado de la propiedad o de la posesión del objeto de la compraventa. No está obligado el vendedor a garantizar contra posibles medidas de hecho, injurídicas, por las cuales el comprador pueda sufrir desmedro; el vendedor no es ni policía ni autoridad para evitar esos abusos de terceros; lo que ha de garantizar el vendedor es que, ni él mismo, ni otro, privarán por vía legal al comprador de la propiedad o la posesión de la cosa. Todavía hay que añadir, que la garantía de evicción se refiere a causas anteriores a la venta, o por las cuales sea responsable el vendedor. De ninguna manera el vendedor tendrá que responder por actos, comisiones, imprudencias, errores del comprador, o por hechos legales de terceros que no dependen de ninguna manera de su voluntad.

El vendedor debe también garantizar al comprador por un grave **gravamen** que desconocía al momento de adquirir la propiedad, por ejemplo, una hipoteca o una servidumbre pasiva. Estos constituyen una disminución del valor útil de la propiedad, y en circunstancias extremas, pueden privar de toda utilidad, por lo cual ha de responder el vendedor.

El caso más simple y común suele ser el de la reivindicación planteada y alcanzada victoriosamente por un tercero, que demuestra ser dueño de la cosa, como consecuencia de esta acción y sentencia judicial el comprador pierde la posesión y propiedad de lo que adquirió: queda evicto, y puede reclamar a su vendedor.

34.2. El vendedor deberá garantizar contra la evicción, y para esto puede actuar de dos maneras: **defendiendo**, como parte en el juicio reivindicatorio (u otro similar), para impedir que el comprador sea despojado judicialmente de la cosa; o bien, **indemnizando** al comprador que realmente ha sido privado de la propiedad o posesión de la cosa.

El artículo 1777 del Código Civil, menciona la dos clases de garantía que debe el vendedor: la de evicción y la de vicios redhibitorios: "La obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los vicios ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios". De esta forma se enumeran sintéticamente las dos garantías, que ya veremos que abarcan algo más de lo que a primera vista podría pensarse por el sólo texto de este artículo. En el presente capítulo nos limitamos a la garantía de evicción, y en el siguiente se hablará de los vicios redhibitorios.

34.3. Muchos autores señalan lo que casi parece inútil por demasiado evidente: que en primer término el vendedor garantiza al comprador que él mismo, no privará a su contraparte de la cosa cuyo dominio y posesión ha transmitido. El primero que debe respetar la propiedad y posesión del comprador es quien le vendió.

Un caso, un tanto rebuscado, pero posible, sería el siguiente: una persona vende, por ejemplo una finca, considerándose dueño de ella por haberla comprado a un presunto heredero de la misma; posteriormente el que compró y luego vendió la finca, descubre que él era el verdadero dueño por haber heredado por testamento (que antes desconocía), a la misma persona que creía que había dejado esa finca en herencia intestada a aquel a quien se la compró. Enterado de este nuevo título (ya no a título de comprador, sino de dueño por sucesión testamentaria), trata de reivindicación la finca contra su comprador. Este opondrá, sin duda victoriosamente, la excepción, de que el vendedor le debe garantizar contra la evicción, y

no puede ser el propio vendedor quien pretenda arrebatarle lo que le vendió. Sería inicuo que, alegando este nuevo título de heredero, el vendedor llegará a despojar a su comprador de lo que legalmente le vendió.

34.4. Lo que se produce con mayor frecuencia es que sea **un tercero** el que reclame judicialmente la propiedad de la cosa vendida, y si es por un título anterior a la compraventa, el vendedor tendrá que garantizar contra esta evicción. Sin embargo, la doctrina extiende los casos de evicción no solamente a las sentencias que priven al comprador de la posesión o la propiedad, sino a cualquier acto jurídico que produzca el mismo efecto. Se engloba así también los actos administrativos legítimos y definitivos, que producen un efecto similar al de una sentencia judicial, por ejemplo, la revocatoria de una concesión minera, la expropiación de tierras, etc. En todos estos casos, y otros similares, sin haber sentencia, hay acto jurídico definitivo, que priva al comprador de la posesión o de la propiedad (o de ambas).

34.5. El vendedor responde de las **causas "anteriores"** a la venta, no de las que surgen después. Sin embargo, ciertas acciones u omisiones del vendedor pueden redundar en que el comprador sea despojado legalmente de la cosa y el vendedor tendría que garantizar contra la evicción. Así, el vendedor que vuelve a vender la misma cosa, al hacer este acto ilegítimo, puede originar que el primer comprador sea despojado judicialmente, ya que el segundo comprador puede lograr antes que el primero la inscripción en el Registro de la Propiedad y podrá reivindicar la cosa. El primer comprador puede reclamar y obtener que el vendedor le indemnice, porque ha perdido la propiedad por un acto del vendedor, quien precisamente debía garantizarle en la posesión y propiedad de la cosa.

34.6. Una situación dudosa se presenta en el caso de que el tercero que logra reivindicar, h obtenido este reconocimiento judicial de la propiedad por haberla adquirido por **prescripción** y ésta comenzó por la posesión cuando era dueño el vendedor, pero se consuma la usucapión ya durante la propiedad del comprador. En rigor, el comprador habría podido interrumpir oportunamente la prescripción y por tanto, no puede reclamar al vendedor, salvo que por circunstancias difíciles de producirse en la realidad, le haya sido imposible evitar la prescripción, por ejemplo por desconocer la posesión del tercero, estando la propiedad en lugar distante, inac-

cesible o no visitado por el comprador, etc. Algunos autores hablan de "absoluta estrechez de tiempo", como sucedería si la prescripción se produce inmediatamente después de la compra, es decir, habiendo transcurrido el tiempo de la posesión del tercero, bajo el dominio del vendedor.

34.7. La evicción de la cual debe garantizar el vendedor, se refiere a la **totalidad** de la cosa o a **una parte** de ella; tanto si el comprador es privado de toda la propiedad, como si solamente pierde un parte, tiene derecho a que el vendedor le indemnice en proporción a todo o la parte perdida jurídicamente. El artículo 1778 recoge este principio que pertenece a la doctrina universal. "Hay evicción de la cosa comprada, cuando el comprador es privado del todo o parte de ella por sentencia judicial". Semejante al caso de la pérdida jurídica de una parte material de lo comprado, es el de que se declare judicialmente que la cosa debe soportar un gravamen que no estaba previsto y que consiguientemente disminuye el pleno derecho del comprado, es el de que se declare judicialmente que la cosa debe **soportar un gravamen** que no estaba previsto y que consiguientemente disminuye el pleno derecho del comprador, como cuando debe reconocer una hipoteca, una servidumbre o derecho de habitación, etc., que traen su origen de un tiempo anterior a la compraventa. Se suma a estas posibilidades la de que el comprador sea impedido jurídicamente de ejercitar una servidumbre activa que estaba prevista en la compraventa, por ejemplo la de paso: privado de este derecho, la propiedad puede quedar inservible o por lo menos, disminuido su valor, por lo cual puede igualmente reclamar al vendedor.

34.8. Para evitar que se llegue a tal pérdida "por sentencia judicial", el comprador **debe defenderse**, contestar a la demanda, o pedir inmediatamente la intervención del vendedor para que sea él quien defienda el derecho amenazado. Si el comprador, descuidare usar de los medios normales de defensa, no podría luego reclamar al vendedor; si no contesta la demanda, si no opone ninguna excepción ni notifica al vendedor para que lo haga, se hace culpable de la pérdida de la cosa. Señala, sin embargo la doctrina, el caso extremo de que sea tan evidente el derecho del reclamante, que el comprador se allane de inmediato, o deje correr el juicio sin ninguna actividad, convencido de la absoluta ineficacia de cualquier defensa frente a un derecho evidente del reivindicador; en esta extrema circunstancia el comprador no perdería el derecho de que el vendedor le indemnice.

Si el comprador demandado por un tercero que aduce derecho sobre la cosa que adquirió, en lugar de seguir el juicio o pedir la intervención del vendedor, llega a una **transacción** con el reclamante, ya no podrá pretender que el vendedor le indemnice, puesto que, sin darle oportunidad de defenderse él ha llegado a este arreglo con el reivindicador.

Tampoco se admite que el comprador pueda reclamar al vendedor por la evicción sufrida como consecuencia de **haber comprometido en árbitros** el litigio con el tercero reclamante, pues este procedimiento al margen de la justicia ordinaria, también sin contar con el vendedor, le priva a éste de la posibilidad de una defensa eficiente.

34.9. Si el comprador sigue el juicio contra el tercero, por su propia cuenta y **sin contar con el vendedor**, pueden suceder dos cosas: o gana el juicio, y en este caso nada tendrá que reclamar al vendedor, ya que incluso las costas del juicio no son imputables quien nada ha podido hacer en esta controversia; o bien pierde el juicio y es evicto de la cosa, pero como no cumplió con el deber de notificar al vendedor, tampoco podrá pedirle indemnización, salvo que demuestre, que tampoco el vendedor habría podido hacer nada para salvar la propiedad o posesión.

Finalmente, la otra hipótesis consiste en que el comprador demandado si notifica o hace que se notifique al vendedor para que intervenga en el juicio, y es éste, el vendedor, el que no cumple con la obligación de defender la propiedad o posesión y se pierde el juicio. Este es el caso en que el vendedor tiene que indemnizar al comprador.

35. Quien debe la garantía de evicción

35.1. Hasta este momento hemos hablado solamente del vendedor, como la persona que está obligada a garantizar contra la evicción, y normalmente esto es así, pero se producen casos en que esta **responsabilidad incumbe a otros.**

Desde luego, forman como un sola y misma persona con el vendedor, sus **herederos**, en caso de muerte, ya que ellos asumen el activo y el pasivo del causante, con todas sus obligaciones; aunque sean físicamente otras personas, representan la misma situación jurídica que su causante. Algunos

autores aclaran que los herederos del vendedor no podrían reivindicar para sí la cosa que su antecesor vendió, porque ellos han de garantizar al comprador contra la evicción y no podrían ser ellos mismos quienes despojen al comprador. Borda señal, sin embargo, que si los herederos han aceptado con beneficio de inventario y se produce así una separación de los patrimonios propios de los herederos y el del causante de la herencia, en ese caso sí estarían los herederos en aptitud de reclamar la cosa que fue suya y que su causante vendió; en este caso el comprador solamente podría hacer valer sus derechos en cuanto el patrimonio del causante sea suficiente para indemnizarle por la evicción sufrida, pero no puede pedir a los herederos que litiguen contra sí mismos, por ser absurdo.

35.2. También pueden ser llamados a garantizar por la evicción los **antecesores en el dominio del vendedor**, sea a título universal o singular. Es decir, que si el vendedor a su vez adquirió la cosa por compraventa, el actual comprador despojado puede dirigirse no solamente a su inmediato causante sino a sus antecesores en el dominio, al vendedor de su vendedor. Este supuesto es un importante y práctico, porque si el defecto jurídico que origina la pérdida del dominio por parte del ulterior comprador, se produjo en tiempo de un vendedor mediato (vendedor del vendedor), realmente en éste el que por equidad debe responder, y desde el punto de vista práctico también puede ser decisivo para la eficacia de la reclamación del comprador al dirigirse contra una persona solvente.

Al intervenir en el juicio de reivindicación el vendedor mediato, no lo hace en nombre del vendedor inmediato, sino en nombre propio, y esto tiene importancia para el comprador, y que si tiene éxito en su reclamación, no recibirá "dinero de quiebra" si el inmediato vendedor ha caído en insolvencia, sino que quedará respaldado por el patrimonio del vendedor remoto o mediato que se supone que es solvente.

35.3. El comprador que es demandado en reivindicación u otra acción similar, puede dirigirse al vendedor inmediato, de quien recibió la cosa, y éste a su vez, puede llamar a intervenir en el juicio al que vendió la cosa, con lo cual se traslada hasta esta persona más remota en la relación con el actual comprador, la obligación del saneamiento. Si el motivo por el cual se reivindica la cosa, arranca de un hecho u omisión del vendedor mediato o remoto, éste es quien debe cubrir la indemnización al comprador que

resulta perjudicado. Esta posibilidad de llamar a la garantía **al vendedor remoto**, al causante de la pérdida de la cosa, aunque no sea el inmediato vendedor, se expresa en el artículo 1781 de nuestro Código Civil: "Aquel a quien se demanda un cosa comprada, podrá intentar, contra el tercero de quien su vendedor la hubiese adquirido, la acción de saneamiento que contra dicho tercero correspondería al vendedor, si éste hubiese permanecido en posesión de la cosa".

Nótese que la posibilidad de pedir la garantía de evicción a este tercero, antecesor remoto en el dominio, se concede solamente si el vendedor inmediato habría podido dirigirse contra él, es decir si el vendedor a su vez habría tenido la acción de garantía contra este tercero. No se da este supuesto si el vendedor obtuvo la cosa por donación u otro título gratuito que no implica obligación de garantizar contra la evicción.

35.4. Así como la doctrina, con fundamento en la ley, amplía el grupo de personas que deben responder por la evicción, por otra parte, también, se anota que no siempre podrá reclamar el comprador, sino **solamente cuando ha procedido de buena fe**. El comprador que hubiere adquirido de mala fe, sabiendo que el vendedor no podía transferirle la propiedad, y tal vez, en connivencia colusoria, para perjudicar el verdadero dueño, admite la compra de una cosa ajena al vendedor, no puede luego reclamar por haber sido privado judicialmente de lo que compró, porque nadie puede beneficiarse de su propio dolo en perjuicio de otro.

35.5. Cabe advertir, como lo hace Rezzonico, que el **simple temor** de ser eviccionado no es evicción ni turbación que permita al comprador accionar en garantía contra el vendedor: sólo hay turbación cuando un tercero manifiesta su pretensión sea por una toma de posesión, sea por una acción judicial.

35.6. Si se produce el **despojo de hecho**, el comprador puede defenderse con una acción posesoria y si en esta controversia judicial, el demandado opusiere excepciones fundadas en un derecho a poseer o en el derecho de propiedad sobre la cosa, el comprador tendría la misma garantía: pedir al vendedor que asuma el juicio, y si lo pierde, que le indemnice por haberse consumado el despojo judicial de lo que compró. En la hipótesis que se acaba de plantear, el comprador no es inicialmente el que se defiende judi-

cialmente, sino el actor, pero, por las excepciones del demandado pasa a una situación en la que ha de salvar su cosa y tiene derecho a que le defienda el vendedor, o le indemnice, si la defensa resulta frustrada por una sentencia contraria a su interés.

35.7. La acción de saneamiento se dirige contra el vendedor o sus antecesores o sucesores en el dominio de la cosa misma que fue objeto de la compraventa, no tiene eficacia respecto de **otra cosa** aunque esté vinculada con ella. Así, una sentencia de la Corte Suprema, rechaza la acción de evicción intentada por el comprador de los frutos de una heredad que fue reivindicada por un tercero, contra el vendedor de los frutos; el comprador de los frutos no tuvo derecho de ejercitar la acción de garantía contra el vendedor, porque dicho vendedor no fue despojado judicialmente de lo que compró, ni se dirigió contra él la acción reivindicatoria.

35.8. La garantía de evicción es propia del contrato de compraventa, y se aplica en algunos casos más por disposición de la ley, como en el de **partición hereditaria**, y también puede aplicarse por expreso **pacto o disposición de las partes** de otro contrato que de suyo no implique garantía de evicción, como en las donaciones. Ahora bien, si se amplía convencionalmente a estos otros casos, tal aplicación de la garantía se refiere a la obligación de indemnizar, pero no traslada de un contratante a otro la legítima personería para la acción de defensa frente a terceros, ya que esto es propio de la garantía de evicción en la compraventa.

35.9. No distingue la ley la calidad del garante por evicción, es decir, que por igual responden un **particular o una entidad pública** o el mismo Estado. Si se sigue la acción contra entes públicos, conforme a las normas generales, la sentencia debe ser consultada al superior, pero, en lo demás, en nada se diferencia a un juicio contra un particular.

35.10. Desde luego, para intentar la acción de garantía, se requiere que **haya existido verdadera venta válida**, por tanto, si se trata de inmuebles, debe haberse realizado por escritura pública inscrita, y nada podrá reclamar por esta vía quien solamente haya recibido la cosa vendida, de manera informal, aunque sea con promesa o juramento de elevar a escritura pública el contrato que por sí mismo no tiene valor.

36. Saneamiento en las ventas forzadas

36.1. Si se vende una cosa en subasta pública voluntaria, como por ejemplo, cuando así lo han convenido los comuneros de un bien que se divide, en nada se alteran las normas de la evicción, ya que el procedimiento judicial voluntariamente escogido por las partes interesadas no significa ningún cambio en la naturaleza del contrato ni en sus efectos.

En cambio, la venta forzosa presenta notables dificultades, tanto porque se **discute sobre la naturaleza** de este acto jurídico, como porque intervienen otras personas, además del comprador y del vendedor. Este asunto ha sido ampliamente examinado por la doctrina en varios países, por ejemplo, por Planiol y Ripert en Francia, y por Degni en Italia. La conclusión a l que se llega generalmente es la de que de todas maneras, independientemente de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la venta en subasta judicial obligatoria, los efectos en cuanto a la evicción y su saneamiento, se producen en la venta forzosa como en la compraventa voluntaria realizada por los medios normales.

36.2. No sería equitativo, que quien adquiere en una subasta pública, quedara sin protección en el evento de que un tercero logre reivindicar la cosa. No cabe que pierda la cosa y el precio que haya pagado por ella. Ciertamente la intervención de la autoridad judicial y la publicidad que necesariamente se da a estas enajenaciones, harán que no sea frecuente la posibilidad de que se venda una cosa ajena que luego sea reivindicada por su dueño, pero no se excluye tal eventualidad y, de producirse, de alguna manera se deberá indemnizar al comprador.

36.3. Quien debe garantizar contra la evicción es el vendedor. En el caso de ventas forzadas en subasta judicial, **se discute si el vendedor** el antiguo dueño de la cosa, de la cual fue desposeído por el embargo, o se han de considerar como vendedores al acreedor o acreedores que pidieron el embargo, lo obtuvieron y luego reciben el precio de la cosa rematada, para cubrir con ese dinero sus acreencias; finalmente, hay quien sostiene que vendedor es el Juez o el Estado que hace justicia.

Indudablemente, aunque se considere, que el juez es el vendedor, de ninguna manera podrá pedirse a quien ejercita justicia y actúa aplicando la ley,

que deba indemnizar al comprador que llega a ser privado legalmente de la cosa subastada. Nadie sostiene una teoría tan absurda de responsabilizar al juez que cumple con su deber correctamente. Si no hubiera procedido legalmente, podrá tener una responsabilidad por daños y perjuicios, pero esto nada tiene que ver con el saneamiento de evicción.

Tampoco parece admisible la opinión de que el acreedor o acreedores sean quienes venden. Ellos han solicitado obtenido la venta, pero no ha pasado a ellos la propiedad del deudor cuyo bien se ha embargado. En cuanto a la indemnización al comprador, tampoco puede recaer, al menos directamente y en todo caso, sobre los acreedores que reciben el precio, sino sobre el dueño del bien que se subasta, quien, en caso de saber que no es dueño o que hay alguien de mejor derecho, debe comunicarlo al juez.

36.4. Corresponde, pues, al dueño de la cosa que se ha embargado, el compensar al comprador que hay sido privado de ella por sentencia judicial.

Sin embargo, hay que considerar que, muchas veces este deudor será insolvente (por esto se ha llegado al extremo del embargo y remate), y por otra parte, los acreedores que hayan recibido el precio, quedan satisfechos respecto de sus créditos, mientras que el deudor ha perdido la cosa y el precio, y si tiene éste que indemnizar al comprador, se halla en una situación de extrema desventaja. Por esto, muchos autores sostienen que los acreedores tendrán que asumir, al menos subsidiariamente, a falta de aptitud del deudor, la indemnización al comprador, por lo menos si los acreedores sabían que la cosa rematada no pertenecía realmente al deudor ejecutado. Esta solución parece equitativa, aunque no encuentro en nuestro derecho positivo un fundamento suficiente para sostenerla. Sólo por equidad podría exigirse la indemnización al acreedor que recibió un pago que perjudica al comprador, y supuesto que dicho acreedor haya actuado conociendo o debiendo conocer que la cosa rematada no pertenecía realmente al deudor embargado.

37. Efectos de la garantía de evicción

37.1. La garantía que debe el vendedor al comprador consiste en **evitar**, en cuanto esté de su parte, la **evicción** de la cosa, **o indemnizar** al comprador, si efectivamente fuere evicto.

La evicción puede significar la pérdida total o parcial de la cosa que ha recibido el comprador, como consecuencia de una disposición de autoridad.

Para impedir la evicción, se requiere defender en juicio la propiedad o posesión amenazada. Si se trata de un gravamen, como la hipoteca, servidumbres pasivas que sufra la propiedad como predio sirviente, o derechos de usufructo, uso o habitación reclamados por terceras personas, lo mismo que si se pretende privar a la cosa vendida de una servidumbre activa que le corresponda como predio dominante, en cualquiera de estas circunstancias, se ha de seguir el juicio.

Un caso excepcional será el de que, privado de hecho de la posesión, el comprador haya debido iniciar él como actor la acción para defenderla y que quien pretende arrebatarle la cosa comprada, oponga excepciones de dominio o de posesión de mejor derecho. También en este raro caso, la garantía de evicción consistirá en evitar, por los medios legales, que se consume el despojo de la posesión o la propiedad, y, en caso de no haberse alcanzado este objetivo, el vendedor deberá indemnizar al comprador.

Por tanto, hay una primera fase en el funcionamiento de la garantía, que consiste en el **auxilio** que debe dar el vendedor al comprador para la defensa judicial de la cosa.

37.2. Para que sea posible esta defensa por parte del vendedor, el comprador debe **notificar** al vendedor sobre la acción judicial que se ha iniciado. El artículo 1783 dice: "El comprador a quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla".

Hemos de entender que esta citación la ha de ordenar **el juez**, a petición del comprador. Por lo menos, siguiendo este trámite normal de actuación

procesal, el comprador tendrá la constancia de que se ha hecho la citación y cuando se ha hecho, para el establecimiento de las correspondientes responsabilidades.

Ciertamente, el comprador podría notificar al vendedor sobre el hecho de existir un juicio, pero esta indicación privada, no permitiría que el comprador exigiera la intervención judicial del vendedor y no sería fácil demostrar la responsabilidad de cada uno.

37.3. Si el comprador **omite citar** al vendedor, y la cosa fuere evicta, el vendedor no estará obligado al saneamiento, según establece el inciso segundo del artículo 1783. Es lógica esta disposición, ya que el comprador que no cumple su obligación, asume sobre sí toda la carga de la defensa de la cosa, y no puede después pretender que el vendedor le indemnice.

37.4. El vendedor, debidamente citado, o aunque se haya enterado de modo extrajudicial, del peligro de la cosa, puede adoptar diversas actitudes: no comparecer, comparecer sólo él, o comparecer conjuntamente con el comprador.

Si el vendedor, debidamente citado, **no interviene en el juicio**, está faltando a su obligación, y tendrá que sobrellevar todas las consecuencias negativas de la eventualidad pérdida del juicio y de la propiedad por parte del comprador. Solamente disminuiría su responsabilidad, si también el comprador hubiere faltado a la debida diligencia en la defensa de la causa, pues entonces la equidad obliga que compartan ambos la pérdida. Por ejemplo, el comprador que ha sido demandado por un tercero que trata de reivindicar la cosa, no ha opuesto ninguna excepción, o ha prescindido de una excepción que habría salvado su derecho, como la prescripción adquisitiva de su vendedor, y solamente después hace citar al vendedor.

37.5. El vendedor que asume el juicio en defensa de la cosa y logra vencer, habrá cumplido su obligación de saneamiento. Las costas del juicio son de cargo del vendedor, y eventualmente, si ha ganado, con costas, las pagará el tercero que pretendía injustamente apoderarse de la cosa vendida.

37.6. En cambio, "si el vendedor no opone medio alguno de defensa, y se **allana** al saneamiento "deja en libertad al comprador para que sea él quien

siga el juicio, pero en caso de perder el juicio, no tiene derecho el comprador a que el vendedor pague las costas, ni tampoco puede percibir los frutos. En esta hipótesis, el tercero, que gana el juicio estaba en su derecho al demandar y el comprador ha asumido el riesgo de los gastos del juicio, por esto, no puede descargarlos en el vendedor. Éste tendrá solamente que devolver al comprador el precio que hubiere recibido, ya que no sería justo que perdiera la cosa y el precio que pagó por ella (Cfr. Art. 1785).

37.7. Teniendo en cuenta estas diversas situaciones, se establece la responsabilidad del vendedor por la garantía de evicción; ahora bien, en los casos en que la defensa judicial no ha sido suficiente para salvar la cosa, es decir, si se pierde el juicio ¿qué tendrá que **indemnizar** el vendedor?

Responde el artículo 1787: "El saneamiento de evicción, a que está obligado el vendedor, comprende: 1. La restitución del precio, aunque la cosa, al tiempo de la evicción valga menos; 2. La de las costas legales del contrato de venta que hubieren sido satisfechas por el comprador; 3. La del valor de los frutos, que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1785; 4. Las costas que el comprador hubiere sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda; sin perjuicio de lo dispuesto en el mismo artículo; y, 5. El aumento de valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador, aún por causas naturales o por el mero transcurso del tiempo".

37.8. Estas reglas del artículo 1787 son equitativas, pero todavía se matizan con algunas limitaciones o excepciones que se enumeran en los artículo siguientes; es preciso, en efecto, distinguir los casos de **buena y mala fe**, y tomar en consideración que el tercero que ha vencido en el juicio puede asumir algunas obligaciones o tener especiales derechos; finalmente, se prevé el caso de la evicción de la cosa vendida forzosamente, en remate judicial u otra situación análoga.

Sobre las costas ya hemos dicho que el artículo 1785, las atribuye en principio al vendedor, pero pueden pasar a ser una carga del comprador, cuando él no ha cumplido su obligación o se ha empeñado inútilmente en defender lo que el vendedor consideraba indefendible (por eso se allana o no opone excepciones). El artículo 1787, agrega que las costas de la misma venta, que haya cubierto el comprador, deben ser reembolsadas por el

vendedor. Las costas del juicio serán de cargo del vendedor, salvo lo previsto en el artículo 1795: si la sentencia negare la evicción, el vendedor no estará obligado a la indemnización de perjuicios que la demanda hubiere causado al comprador, sino cuando fuere imputable a hecho o culpa del vendedor". Entre esos perjuicios los más evidentes serán las costas del juicio, aunque también puede haber otros, como los derivados de la privación momentánea de la propiedad, la paralización de actividades industriales en una fábrica, la pérdida de frutos, de clientela, de confianza, etc., por el juicio. Pues bien, estos riesgos ya corren a cargo del comprador, salvo que el vendedor haya sido el causante del juicio, por ejemplo, por no haber exhibido oportunamente títulos u otras pruebas que habrían disuadido de la acción al demandante.

37.9. La **variación del valor** de la cosa entre el momento de la venta y el tiempo de la evicción, plantea problemas similares a los anteriormente expuestos. En principio el comprador debe ser indemnizado por todo el monto que la cosa tenga al momento en que la pierde, porque habiendo sido dueño hasta ese momento, los aumentos le corresponden de pleno derecho; algunos dependerán de su trabajo, cultivo o cuidado de la cosa y, tal vez, suponen incluso gastos de producción. Hay aumentos de valor por el simple transcurso del tiempo, como los de un árbol por su natural crecimiento, la maduración de una sementera, etc., y otros que son aparentes y corresponden más bien a la devaluación de la moneda o la plusvalía de terrenos y casas por el simple aumento de la población. En cualquiera de estos supuestos, es lógico que los aumentos de valor beneficien al dueño, y que sea indemnizado el comprador, cuando pierde por evicción, lo que compró.

Ahora bien, si el aumento de valor de la cosa depende de mejoras introducidas por el comprador, el vendedor debe indemnizarle solamente por las **mejoras necesarias o útiles**, según dispone el artículo 1789. Si se trata de mejoras voluptuarias, se seguiría, por tanto, la regla general para la restitución prevista a propósito de la reivindicación que solamente tendría derecho el que las hizo, de separar los elementos útiles, sin causar daño a la cosa, es decir, dejándola en igual estado a como la recibió. Pero aún las mejoras voluptuarias deberá pagar el vendedor, si actuó éste de mala fe, por cuanto así lo ordena el mismo artículo 1789 en su inciso final.

37.10. "El aumento de valor debido a **causas naturales** -dice el artículo 1790-, debido a causas naturales o al tiempo, no se abonará en lo que excediere a la cuarta parte del precio de la venta; a menos de probarse mala fe en el vendedor; en cuyo caso estará obligado a pagar todo el aumento de valor, de cualesquiera causas que provenga". Aquí se comprueba una vez más, la voluntad del legislador de sancionar duramente la mala fe, cargando una responsabilidad total en quien proceda así. En cambio la limitación de la responsabilidad solamente hasta la cuarta parte del precio de venta, se debe a una consideración de equidad: los aumentos naturales pueden tener una causa remota en el buen manejo de la cosa por parte del vendedor, que la hizo y la entregó apta para producir o aumentar de valor.

37.11. Ya hemos expuesto las dificultades que presenta el saneamiento por evicción cuando la cosa fue vendida por orden judicial, en **subasta pública.** El artículo 1791, siguiendo un criterio de equidad, establece que la indemnización que se deberá al comprador en estos casos, se limitará a sólo el precio que pagó por la cosa.

37.12. Hemos hablado de las mejoras o del aumento de valor de la cosa evicta, pero también puede suceder lo contrario: que esté **desmejorada** al momento en que el vendedor tenga que indemnizar al comprador despojado. Esta hipótesis está resuelta por el artículo 1788: "Si el menor valor de la cosa proviniere de deterioros de que el comprador ha sacado provecho, se hará el debido descuento en la restitución del precio", por ejemplo, el comprador ha talado y vendido un bosque, o ha vendido mercancías que estaban en proceso de producción al momento de recibir la industria que compró, etc. Es equitativo que el vendedor descuente esos valores, ya que de otro modo el comprador recibiría dos veces la ganancia.

Es obvio, por tanto, que si la cosa ha disminuido de valor al momento de la evicción, sin que el comprador se haya beneficiado de esas disminuciones, el vendedor tendrá que indemnizarle por el valor total, es decir por el precio que recibió. Por ejemplo, si se ha vendido ganado y éste, por el transcurso del tiempo y su natural envejecimiento ha perdido valor, el vendedor de todas maneras tendrá que restituir el precio íntegro que recibió del comprador evicto.

37.13. Las normas legales sobre saneamiento de evicción pueden ser modificadas por **convenio entre las partes**, al momento de celebrar la compraventa, sea aumentando el rigor de la responsabilidad del vendedor, sea atenuándolo o incluso, exonerando al vendedor de esta obligación. Sin embargo la total eliminación de la responsabilidad por evicción, no puede ser absoluta, ya que implicaría exonerar de las responsabilidades incluso si hubo mala fe, o actuó el vendedor con dolo, y esto sería contrario al orden público: no se puede exonerar totalmente al vendedor, quien por lo menos tendrá que responder por el precio recibido.

Al respecto, Borda enseña que puede aumentarse la responsabilidad del vendedor, pero es difícil, porque ya la ley protege suficientemente al comprador; el supuesto se resolvería en una cláusula penal. Por el contrario, es usual limitar la responsabilidad del vendedor, pero no se puede excluirla por los actos propios de él, ya que esto equivaldría a condonación del dolo futuro, lo que resulta inadmisible. En la duda, las cláusulas que modifiquen estas responsabilidades deben interpretarse restrictivamente, así, Rezzonico y Degni se refieren a que las cláusulas genéricas y de estilo, no suelen surtir ningún efecto, y es necesario que la voluntad de los contratantes se manifieste de modo expreso y concreto. También Planiol excluye la posibilidad de que por estos pactos entre comprador y vendedor, se llegue a extremos contrarios al orden público, como sería el caso de que se permitiera al vendedor volver a vender la cosa a otro. Este autor admite que pueda exonerarse de la obligación de intervenir en el juicio de evicción, pero no de devolver al comprador el precio y de indemnizarle los perjuicios; considero, sin embargo, que en nuestro derecho no habría inconveniente en exonerar de la indemnización de perjuicios, siempre que no fueran causados por actuación dolosa del vendedor, ya que la renuncia de derechos se permite mientras no perjudique a terceros o vaya contra el orden público.

37.13. El artículo 1782 de nuestro Código Civil declara que "Es nulo todo pacto en el que se exima al vendedor del saneamiento de evicción, siempre que en ese pacto haya habido **mala fe** de parte suya". Se deduce a *contrario sensu*, que cuando no hay mala fe, el pacto es lícito. Incluso de modo tácito, el comprador puede exonerar al vendedor de tal obligación, como cuando el comprador demandado por un reivindicador se abstiene de hacer conocer esta circunstancia al vendedor, o por su sola decisión se

allana o resuelve el comprador comprometer el litigio en árbitros, o llega a una transacción con el demandante, sin intervención del vendedor (Art. 1786). También el inciso tercero del artículo 1792 prevé que el vendedor no deberá restituir el precio, si el que compró lo hizo a sabiendas de ser ajena la cosa, o si "expresamente tomó para sí el peligro de la evicción, especificándolo". Aparece, pues, claramente que si es posible el pacto que excluye la garantía, pero se ha de hacer expresamente, "especificando", el riesgo que corre el comprador, y en ningún caso admitiendo el dolo o la mala fe del vendedor.

Degni agrega a lo dicho, que también tiene derecho el comprador que haya llegado a ser dueño por otro título que el de venta; por ejemplo, porque hereda del verdadero dueño. Por razón natural y por los antecedentes del derecho romano, el comprador puede reclamar la garantía de evicción. Estos casos, que a primera vista pueden parecer muy raros, se producen con relativa frecuencia en las ventas y en las particiones.

37.15. Un asunto poco tratado por los autores y que merecería mayor atención en la actualidad, consiste en la evicción producida **por actos soberanos de la autoridad,** por ejemplo, por ordenanzas municipales. La lógica y la equidad conducen a pensar que si el vendedor conocía del peligro de expropiación municipal (por ejemplo para una ampliación de calle), o que se hallaba en trámite una ordenanza que prohíbe la construcción o la limita o exige ciertas características onerosas, etc., y no puso en conocimiento del comprador estas circunstancias, no sería justo que el comprador sufra las consecuencias de tales actos de autoridad que tal vez inutilizan la propiedad para el objeto que se proponía, y ha de ser el vendedor de mala fe quien deba indemnizarle, si no recibe ya una suficiente indemnización de la entidad pública.

38. Características de la acción de saneamiento

38.1. Además de lo ya dicho, hay que mencionar que la acción de garantía se considera **indivisible** en sí misma, aunque sea **divisible el pago** de las indemnizaciones a que diere lugar.

38.2. La **indivisibilidad de la acción,** que se declara en el artículo 1780, significa que puede proponerse *in solidum* contra cualquiera de los herede-

ros del vendedor. Pero desde que la obligación de amparar al comprador en la posesión se transforma en la obligación de indemnizarle en dinero, se divide esta acción; y cada heredero es responsable solamente a prorrata de su cuota hereditaria.

Lo mismo sucede si han sido varios los vendedores por un solo acto de venta de una cosa, que luego resulta evicta. El comprador podrá pedir a cualquiera de ellos, que salga a su defensa. Ahora bien, la equidad, obliga a que todo tengan conocimiento del juicio, y puedan defender sus intereses: no sería justo que el juicio conocido y seguido solamente por uno de los herederos o de los vendedores, pudiera traer luego consecuencias perjudiciales a quienes no tuvieron la oportunidad de defenderse.

Si se ha citado a todos los herederos del vendedor o a todos los vendedores, y solamente uno o algunos intervienen en el juicio, la sentencia obligará a todos, tiene efectos de cosa juzgada para todos porque pudieron defenderse y algunos no lo hicieron. Pero, si alguno no es citado, naturalmente no se le puede extender a él el efecto de la cosa juzgada.

Las reglas que hemos considerado a propósito de la evicción parcial de una cosa, son igualmente aplicables al caso de que se hayan vendido en único acto varios objetos. Si el comprador llega a ser despojado jurídicamente de uno de tales objetos, tiene derecho de exigir al vendedor que le defienda en el juicio y si la sentencia es desfavorable, a que le indemnice por tal especie, que ha perdido por causa imputable al vendedor. Ahora bien, si las varias cosas que se vendieron conjuntamente forman un todo indivisible, por lo menos funcionalmente hablando, en cuanto a la utilidad que deben prestar al comprador, éste podrá devolver las cosas que no perdió en el juicio y pedir la devolución del precio total y la indemnización proporcional a la parte evicta.

38.3. La acción de saneamiento por evicción es de aquellas que **prescriben en menor tiempo** de lo previsto en general para las acciones judiciales. El corto plazo de cuatro años se explica considerando que será muy raro que surja un juicio sobre la propiedad o posesión de lo vendido y sea imputable al vendedor por actos suyos anteriores a la venta. El comprador que es demandado posteriormente (pasados los cuatro años desde que adquirió), lo será por circunstancias que dependan de él y no de su antece-

sor en el dominio; o por lo menos, habrá tenido este tiempo de cuatro años, que es suficiente para consolidar sus derechos o estar en aptitud de defenderlos por sí mismo.

La prescripción breve de la acción (en cuatro años), se refiere solamente a las obligaciones del vendedor de intervenir judicialmente en defensa del comprador; en cambio, su **obligación de indemnizarlos,** devolviendo el precio recibido y compensando perjuicios, perdurará por el tiempo normal en que prescriben las acciones, que es de diez años, para las acciones ordinarias. El artículo 1796 dice: "Se contará el tiempo desde la fecha de la sentencia de evicción; o si ésta no hubiere llegado a pronunciarse, desde la restitución de la cosa". La primera parte es clara una vez que el juez ha ordenado entregar a un tercero la cosa comprada, el comprador despojado puede reclamar a su vendedor la devolución del precio y el pago de indemnización durante diez años, transcurridos los cuales habrá prescrito también esta acción. En cambio no resulta claro aquello de que, si no "llegare pronunciarse sentencia", correrá el plazo de prescripción "desde la restitución de la cosa". No resulta nítido el sentido, puesto que para que haya evicción se requiere de sentencia (o de otro acto de autoridad equivalente), y no se ve a primera vista cuando podrá existir una "restitución de la cosa", que sin embargo origine derecho de demandar al vendedor el precio a indemnización. Probablemente se refiere la ley al caso de que el vendedor, citado con la demanda de evicción, reconozca el derecho del demandante, se allane y origine así la entrega de la cosa vendida al demandante.

actúa de mala fe. Esta actitud, puede llegar al extremo de engañar expresamente, de ocultar, disimular o mentir sobre las condiciones de la cosa, con la intención de perjudicar al comprador, y entonces se configura la actitud dolosa, que acarrea la máxima responsabilidad.

El conocimiento del comprador, ha de ser **real o posible**. Esto se **refiere al momento de la compraventa** o de recibir la cosa; dicha ignorancia puede perdurar más o menos tiempo, pero se supone que quien compra algo lo usa y se entera de si es o no apta la cosa para el uso normal. Si al momento mismo de recibir el objeto comprado se percata el comprador de que adolece de algún vicio, debe reclamar, negarse a recibir o exigir que se sustituya el objeto o se repare, si es posible.

39.2. El desconocimiento de los vicios redhibitorios se parece, pero no se confunde, al **error esencial**, que produciría la nulidad del contrato. Si se entrega una cosa distinta de la que se ha pretendido contratar, habría error esencial, tal vez por actuación dolosa del vendedor, y el contrato sería nulo. En cambio, en el vicio oculto, no se da una cosa, por otra, no es un objeto totalmente distinto del contratado, sino el mismo, pero que encierra defectos, imperfecciones, daños, que lo hacen inservible total o parcialmente. El error esencial da origen a la acción para pedir el cumplimiento del contrato o para la anulación del mismo. La diferencia entre demandar por vicios ocultos o por error esencial consiste sobre todo el tiempo en que prescriben estas acciones.

39.3. La utilidad de la cosa que ha de garantizar el vendedor es la del **"uso natural"**, como dice el artículo que estamos comentando. Por tanto, si se compra algo con una finalidad subjetiva del adquirente, que se sale de ese uso normal, no tendrá el vendedor que garantizarle, salvo que en el contrato se haya especificado esta finalidad peculiar -que no sería la normal-. Por ejemplo, si se vende una casa de habitación, ha de tener la fortaleza suficiente para soportar el peso de los muebles y personas que suelen ocupar una casa de este tipo, pero no se podría achacar a vicio oculto el que los pisos o las paredes resulten insuficientes para soportar un depósito de cemento, hierro u otros materiales acumulados en cantidad inusual en un domicilio particular. Pero si entre los contratantes se ha convenido en que el edificio va a ser destinado a bodega de materiales pesados, el vendedor tendría que manifestar la debilidad de la construcción para ese objeto, y si,

luego se demuestra que la ruina se ha producido por la debilidad no advertida, estaríamos ante un vicio redhibitorio.

39.4. La existencia del vicio **"al momento de la venta"**, debe entenderse como una presencia al menos causal o potencial. La enfermedad de un animal puede no manifestarse el momento de la venta y presentar sus síntomas inmediatamente después, llevándolo a la inutilidad para su servicio natural, o la muerte. La dificultad estará en la prueba, pero normalmente se establecen estas circunstancias por medio de la intervención de peritos, de inspección judicial y de razonables deducciones o precisiones. Las leyes especiales de sanidad, de medicinas, de alimentos, en muchos países, e incipientemente también en el nuestro, procuran precisar estas circunstancias que permiten calificar los vicios ocultos de estas cosas y de otras similares.

39.5. Pero las leyes, por meticulosas que sean, no pueden enumerar los múltiples defectos que pueden tener los diversos objetos de la compraventa; en esto ha de primar el sentido común, las costumbres honradas y la jurisprudencia que puede precisar muchos detalles imprevisibles.

Planiol señala que el vendedor debe entregar la cosa, tal como la conoció el comprador, y a su vez, el vendedor, en principio, si tiene que devolver lo comprado, ha de devolverlo en el estado en que lo recibió. Si entre el momento en que se llegó al acuerdo de voluntades y el de la entrega de la cosa, ésta se ha deteriorado o se han descubierto vicios, el vendedor debe repararla, reemplazarla, o advertir al comprador, para llegar a un convenio definitivo que satisfaga a ambas partes.

39.6. Los vicios redhibitorios se refieren a cualidades intrínsecas de las cosas, y no a su situación jurídica, que originaría más bien la garantía de evicción. Así, en la venta de una finca, la "calidad de propia", es una calidad jurídica y una sentencia ha declarado que no puede concebirse como un vicio redhibitorio. Sin embargo, en algunos casos, puede considerarse como vicio redhibitorio, una situación jurídica que era desconocida por el comprador y que invalida la cosa para el uso normal: en una sentencia de la Corte Suprema se reconoce como vicio oculto en la venta de una finca rural, la existencia en ella de dos lotes de terreno que se encontraban ocupados arbitrariamente por injustos poseedores, quienes impedían de hecho

la ocupación y cultivo de la hacienda. En este caso, lo sorprendente es que la presencia de estos invasores haya sido desconocida por el comprador, o que no haya estado en capacidad de conocer; pero el vendedor, que sí lo sabía, debió advertir al comprador y no lo hizo. Otro caso en que se ha admitido como vicio redhibitorio una situación jurídica, consistió en la venta de un solar como rural, mientras que meses antes de la venta, una ordenanza municipal lo había declarado como urbano y afectado para el ensanche de una calle; el comprador que ignoraba esta situación, la conoció solamente después de inscrita la escritura, mientras que el vendedor lo sabía perfectamente y calló, por lo que la Corte rescindió el contrato.

39.7. El desconocimiento de una cosa **no se puede probar de modo directo**; este hecho negativo e interior, propio del pensamiento humano, no admite prueba directa. Pero se admiten ciertas presunciones: el que ejerce una profesión u oficio, no ignora las cualidades normales de los objetos que continuamente se emplean en su respectivo trabajo.

39.8. En una sentencia se dice que en estos juicios se ha de tener en cuenta los **dictámenes de peritos**, ya que, si los vicios son ocultos, no pueden ser apreciados por las personas profanas ni son suficientes las declaraciones de testigos.

39.9. La **gravedad del vicio** es otra cualidad que tanto la doctrina como las leyes exigen. Pero esta gravedad es relativa: se considera tal, la que impide el uso normal, o lo disminuye considerablemente. Un punto de referencia es el de considerar que la cosa no habría sido comprada o que el comprador no habría pagado el precio que pagó, en caso de conocer el vicio. Seguimos en el plano de los hechos interiores, espirituales, del pensamiento y la voluntad, que no se conocen de modo directo, sino a través de signos o de presunciones. En la apreciación de la gravedad, difieren las opiniones de los autores. Rezzonico considera acertadamente, que Cicerón y Pothier exageraban al decir que el vendedor debía manifestar "todos" los defectos de la cosa, mientras que Tromlong y muchos autores modernos, se atienen a la apreciación normal de lo que no se compraría si se conocieran tales vicios.

Aunque la buena o la mala fe se toman en consideración para los efectos de las indemnizaciones, propiamente no forman parte de la noción misma

de vicio redhibitorio: no importa que el vendedor haya o no conocido el defecto, en cualquier caso debe responder, pues se trata de una responsabilidad objetiva propia de este contrato, aunque no haya culpa por parte del vendedor.

39.10. La **indemnización de perjuicios** puede provenir de un contrato o también de un cuasidelito. Si hay contrato, lo lógico es fundarse en él para reclamar, pero la jurisprudencia ha reconocido que "la existencia del contrato no veda para fundar la acción en cuasidelito", pues ambas son fuentes de las obligaciones.

39.11. En nuestro Código de **Comercio** hay algunas normas que precisan lo relativo a los vicios redhibitorios para los contratos mercantiles, o amplían en algún aspecto el concepto, como sucede con el artículo 181 que trata de las averías sufridas por las mercaderías en viaje: si las deterioran de tal modo que no sirvan para el uso a que son destinadas, se resuelve el contrato. Si no son tan graves, el comprador debe recibirlas mediante una justa disminución del precio.

40. Acciones a que dan origen los vicios redhibitorios

40.1. La acción redhibitoria propiamente dicha, se dirige a **anular** el contrato de compraventa, devolviéndose el precio al comprador y la cosa al vendedor, además de establecer indemnizaciones cuando haya lugar a ellas.

Pero también se confiere al comprador la potestad de escoger y demandar la **disminución del precio**, perseverando la vigencia del contrato; esta es la acción llamada "estimatoria" o *quanti minoris*.

40.2. En principio, corresponde al comprador optar por la una o la otra acción, aunque la ley, solamente concede la acción de rebaja del pecio, cundo los vicios no son de mucha consideración. También el juez podría moderar la pretensión del comprador y concederle solamente la rebaja, cuando no considere que la cosa sea totalmente inútil o gravemente inadecuada para su objeto o finalidad natural.

40.3. Ambas acciones se han de tramitar en **juicio ordinario**, por lo cual no podrían oponerse como excepción en un juicio ejecutivo.

40.4. El artículo 1797 dice: "Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados vicios redhibitorios".

Y en el artículo 1808 leemos: "Si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el numeral 2o. del artículo 1798, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta, sino sólo para la rebaja del precio".

Por tanto, para la acción rescisoria por vicios ocultos, se requiere que estos sen realmente graves, tales que inutilicen la cosa par su uso natural, o lo disminuyan hasta el punto que el comprador, no lo habría comprado si los hubiera conocido, o por lo menos, la hubiera comprado sólo a un precio mucho menor. Si los vicios reúnen estas cualidades, dan la opción al comprador, de escoger entre la rescisión o la rebaja; si no son tan graves, solamente puede demandar el comprador la rebaja proporcional del precio.

Con cierta insistencia no necesaria, el artículo 1800 afirma: "Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta o la rebaja del precio, según mejor le pareciere". Pero debemos entender esto dentro del contexto legal, es decir, solamente si se trata de vicios realmente graves, ya que para las leyes, según el artículo 1808, no tiene otra salida que la acción estimatoria o *quanti minoris*, de rebaja del precio.

40.5. A las dos acciones **se acumula la indemnización de perjuicios**, siempre que se prueben. Por ejemplo, la rescisión de la compraventa de una casa, puede significar la demora en instalar una industria, con el consiguiente lucro cesante; la anulación de la venta de un alimento para animales, puede traer consigo la indemnización por la muerte de los animales que comieron el alimento defectuoso. En la acción de rebaja del precio, cabe igualmente la indemnización, por ejemplo, en varios casos de venta de vehículos, se ha llegado por vía de transacción o de sentencia judicial a la rebaja, indemnizando, además, al comprador, que perdió su negocio de taxista o de transporte de mercancía durante el tiempo necesario para poner el vehículo en condiciones de servir.

40.6. Sucede a veces que la cosa viciada es **revendida** a otro, y el nuevo comprador que descubre el vicio, puede **demandar tanto a su inmediato vendedor, como al remoto**. El vendedor inmediato, puede citar a comparecer en el juicio y defenderle, a quien le vendió la cosa y debe cumplir su garantía. Esto es similar a lo que sucede con la garantía de evicción. Desde luego, el segundo comprador que ya optó por la acción estimatoria, no podría intentar después la otra, la rescisoria: se trata de una opción que debe tomar una vez y estar a las consecuencias. Pero no veo inconveniente para que, por vía de transacción, si se ha demandado la rescisión, se admita que continúe en vigencia el contrato contentándose con la rebaja y la indemnización de perjuicios, que podría convenirse en la misma audiencia de conciliación o en otro estado del juicio, antes de sentencia ejecutoriada. Planiol señala que también puede el último comprador dirigir su acción contra el inmediato vendedor y que éste a su vez, después de satisfacer al comprador, puede repetir la acción contra su antecesor en el derecho, contra su propio vendedor. Téngase en cuenta que esta posibilidad de acciones sucesivas o de dirigirse a un predecesor en el derecho, se refiere solamente a la serie de personas que han recibido la cosa por compraventa o por otro título oneroso (permuta, dación en pago, etc.), ya que no hay lugar a la acción de garantía contra el donante. Pero, si en la serie de personas que fueron dueños de la cosa, se interpone una donación, no obsta para que el último comprador pueda dirigirse a los antecesores en el dominio tanto anteriores a la donación como posteriores a ella; el único que no está sujeto a la garantía es el donante, pero los demás deben responder.

40.7. La **indemnización de perjuicios supone culpa o dolo** por parte del vendedor. El artículo 1791 así lo declara: "Si el vendedor conocía los vicios no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, estará obligado no sólo a la restitución o rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios. Pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo estará obligado a la restitución o rebaja del precio". Es decir que, la culpa o el dolo originan la indemnización de perjuicios, y a falta de ellos, solamente hay la responsabilidad objetiva que obliga a la rescisión (con devolución de precio y de la cosa), o la rebaja del precio.

40.8. Otro caso en que no cabe la acción rescisoria, se produce **si la cosa ha perecido** después de perfeccionado el contrato de venta, tal como lo prevé el artículo 1803: "no por esto perderá el comprador el derecho que hubiera tenido a la rebaja del precio, aunque la cosa haya perecido en su poder y por su culpa". Es decir, que la responsabilidad contractual objetiva del vendedor, no desaparece con la extinción de la cosa, aunque, como es obvio no podrá restituirse lo que ya no existe, de suerte que solamente queda, en tal caso, la acción de rebaja del precio. Y en cuanto a la indemnización de perjuicios si ha perecido la cosa, el artículo 1802 en el inciso final se remite a lo dispuesto en el artículo 1801, con lo cual, entra en consideración la culpa del vendedor: si ocultó el vicio, o debió conocerlo, tendrá que indemnizar, pero si no tuvo culpa, solamente deberá admitir la rebaja del precio.

40.9. Hay que considerar los efectos de la acción rescisoria **frente a terceros** que hayan adquirido algún derecho del comprador. Si el comprador ha vendido una parte de la cosa, o la ha hipotecado, si ha constituido un derecho de uso o habitación a favor de un tercero; parece evidente que ya no está en capacidad de exigir la rescisión del contrato, salvo que él sanee la cosa, que la ponga en la misma situación en que la recibió, levantando la hipoteca, eliminando los derechos reales establecidos, etc. Como esto muchas veces resultará imposible, realmente no podrá exigir otra cosa que la rebaja del precio y la indemnización de perjuicios según las reglas ya expuestas pero no alcanzará la rescisión.

40.10. Se plantean algunos, si el comprador puede **exigir otras cosas** distintas de las que hemos mencionado, concretamente: que el vendedor repare los daños o defectos de la cosa o que la reemplace por otra. Estas hipótesis entrarían más bien en las posibles transacciones a las que pueden llegar las partes voluntariamente. El derecho positivo no permite al comprador exigir estas formas de reparación y la concesión tanto de la acción rescisoria como la *quanti minoris,* juntamente con la reparación en dinero de los perjuicios culpablemente producidos, excluyen que el comprador exija otras cosas distintas, como las mencionadas. Sin embargo, Borda y otros autores mencionan que, tratándose de cosas fungibles, el comprador que ha recibido algunas defectuosas, podría exigir que el vendedor se las cambie por otras que posea en buenas condiciones.

40.11. Nuestro **Código de Comercio**, además de algunos detalles propios de los contratos mercantiles, señala una norma importante y aplicable a toda compraventa: la regla de derecho internacional privado por la cual, los vicios ocultos se han de probar aplicando la ley del lugar al que han sido destinadas las mercancías vendidas (Art. 191).

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

CAPÍTULO IX
OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

41. Consideraciones generales

41.1. La obligación principal del vendedor consiste en transferir el dominio y posesión de la cosa vendida, mientras que el comprador se obliga fundamentalmente a pagar el precio establecido o que se estableciere según las bases fijadas en el mismo contrato. Las otras obligaciones, de una y otra parte, se dirigen al cumplimiento de las indicadas: están obligados a la conservación de la cosa, a realizar ciertos gastos de enajenación y expensas de conservación de la cosa, etc.

Respecto del precio, hemos considerado ya, cómo se determina y las cualidades que debe tener, llegando así a estudiar lo relativo al precio injusto, desproporcionado, que da origen a la acción de lesión enorme. En el presente capítulo, expondremos lo relativo al **pago** del precio: primero el pago normal, en cumplimiento del contrato, y luego, a la exigencia de dicho pago por vía judicial, y los efectos de la falta de pago.

Los puntos que se desarrollarán son los siguientes: 1 Pago normal del precio; 2. Lugar y tiempo; 3. Depósito; 4. Retención; 5. Cláusula de no transferir el dominio; 6. Resolución efectos entre las partes; 7. Resolución: efectos para terceros; 8. Pacto comisorio simple; 9. Pacto comisorio calificado; y, 10. Prescripción del pacto comisorio.

41.2. Esta materia ha **evolucionado** notablemente desde sus orígenes en el Derecho Romano, por lo que será necesario partir de una breve consideración histórica, para luego examinar las diversas doctrinas y lo que impone la equidad, y, finalmente, exponer el derecho positivo con las precisiones que va aportando la jurisprudencia de nuestros tribunales.

El vendedor puede **asegurar** su derecho a cobrar el precio de varias maneras: mediante prenda o hipoteca de la cosa vendida, cláusula penal, arras, condición suspensiva o condición resolutoria, reserva de dominio o pacto comisorio bien sea simple o calificado.

El comprador, a su vez, puede exigir al vendedor cualquier fianza, prenda o hipoteca, para garantizar la entrega de la cosa; igualmente, pueden pactar las partes, arras o cláusulas penales a favor del comprador; o que esté reciba la cosa no la pague sino posteriormente, o bien, condiciones sorpresivas o resolutorias para beneficio del comprador.

41.3. Hay, pues, una correspondencia entre las obligaciones del uno y del otro, como conviene un contrato que es precisamente **sinalagmático**: las obligaciones de una parte, tienen como causa las de las otras partes; los dos derechos se equilibran y exigen recíprocamente su cumplimiento.

Todo lo dicho manifiesta cómo las partes contratantes están en aptitud de modificar ampliamente las normas generales de los contratos, y concretamente, del de compraventa: el derecho positivo tiene un **carácter supletorio** y se aplica a falta de especiales cláusulas establecidas libremente por los contratantes.

42. Pago normal del precio

42.1. Como ya hemos dicho, la compraventa deriva de la permuta: el intercambio directo de cosas, se facilitó y se complicó a la vez, mediante el uso del dinero. El precio es fundamentalmente **una suma de dinero** que se paga por la cosa comprada. Sólo accidentalmente se agrega al dinero alguna otra cosa o servicio, que dan a la compraventa un carácter mixto, próximo al de la permuta, o terminan desvirtuándola totalmente, si esas otras cosas adquieren mayor importancia que el dinero.

El pago en dinero se realiza de diversas maneras, como es bien sabido, y los modernos inventos de la técnica financiera multiplican los medios de pago: títulos de crédito, letras, pagarés a la orden o simples, cheques, tarjetas de crédito, transferencias electrónicas de fondos, órdenes especiales a bancos, transferencias de divisas, etc.

El problema que puede surgir con varios de estos medios modernos de pago, consiste en la apreciación de sí realmente está pagado el precio cuando se acepta una de estas maneras de pagar o se entienden subordinadas a su conversión efectiva en dinero. En principio afirmamos que basta que las partes hayan ofrecido y aceptado cualquiera de estos modos de solución del precio para que sea válido y lícito el pago en esa forma. Solamente existen, a veces algunas limitaciones por motivos de interés público general, que llevan a los gobiernos a impedir o condicionar ciertos modos de pago, sobre todo cuando se refieren a monedas extranjeras.

42.2. Decía que "en general" el pago está realizado válida y lícitamente, al entregar cualquiera de los medios legalmente admitidos y que las partes hayan resuelto aplicar a su relación contractual. Esto permite, igualmente, que las partes puedan establecer la **condición** de que tales medios de pago se hagan efectivos en dinero y que solamente cuando se liquiden y conviertan en dinero, se considerará cumplida la obligación de pagar. Por ejemplo, un cheque, es un medio muy corriente de pago y se da por hecho el pago al momento en que el vendedor recibe el cheque, pero bien puede establecerse que sólo cuando sea cobrado en efectivo o acreditado en la cuenta que el vendedor ordene al banco, sólo entonces se considere hecho el pago. La cuestión tiene suma importancia, porque en el primer supuesto, si el pago y está hecho al entregar el cheque, no cabe que el vendedor alegue incumplimiento del comprador, y solamente podrá ejercitar las acciones para el cobro del cheque, incluso ejecutivamente y llegando si es preciso al embargo de bienes del comprador, entre los cuales puede estar la misma cosa vendida.

"La circunstancia de haberse dado un documento como precio de una cosa, no implica falta de pago, ya que éste puede hacerse en dinero, valores o especies, según hubieren convenido los contratantes", dice una sentencia de la Corte Suprema.

42.3. El pago puede consistir en **substituirse en un deuda** del vendedor, como se aprecia en este caso: "Cualquiera que sea la forma de pago estipulada en la escritura de venta, el precio no puede considerarse pagado sino cuando es completo; y, si por parte del precio se han obligado, según contrato, a satisfacer los compradores a un mortuoria por lo que el vendedor había tomado de aquella con anterioridad, tal pago constituye para los

obligados parte del precio y su reintegro está sujeto al impuesto con que la ley grava las sucesiones".

42.4. En otra controversia, se resolvió que "el pago del precio del objeto comprado mediante la entrega de un **cheque**, es condicional, para el caso de que éste sea pagado, y por consiguiente no significa la voluntad de los contratantes de sustituir la nueva deuda a la anterior, y que para ello es necesario que así lo declaren o por lo menos que aparezca indudablemente la intención de novar. No basta la circunstancia negativa de haber el portador recibido el cheque sin reserva especial de los derechos que le daba el primitivo contrato".

42.5. "Constando de la respectiva escritura pública que el comprador pagó de contado el precio de compra, no se desvirtúa el mérito de esta prueba plena por la consideración de que, en vez de entregarse dinero, se hayan entregado **títulos de crédito** con el expreso consentimiento del comprador". En forma parecida, una sentencia muy antigua, reconoció como verdadero pago, la entrega de una letra de cambio, que recibió el vendedor, sin objetar nada; y el haber recibido intereses, se considero como una ratificación tácita del pago.

"Cedido el crédito, precio de un inmueble, el cedente no puede demandar por falta de pago del precio, la resolución del contrato de compraventa. Resuelto, las cosas vuelven al estado de derecho en que se encontraban antes de la cesión. Por lo mismo, a no alegarse y probarse el haberse alterado, durante la cesión, el estado jurídico del crédito, el vendedor cedente, resuelta la cesión, puede ejercer todos los derechos provenientes de la naturaleza del contrato de compraventa".

De los fragmentos de sentencias que se han transcrito, se puede apreciar la enorme importancia de la clara determinación por los contratantes, sobre el alcance del precio y su solución.

42.6. Igualmente, es de trascendencia el **predeterminar la prueba del pago**. Muchas veces consta en el mismo contrato y sobre todo, si se ha hecho por escritura pública, se cuenta con la seguridad de la prueba. Pero en la vida corriente se dan también múltiples circunstancias en las que

surgen dudas y controversias sobre si el precio ha sido o no ha sido cancelado.

En un caso se llega a la absoluta certeza de que el precio ha sido pagado, por constar tanto en la escritura pública, como por la coincidente confesión del vendedor, cuanto por la exhibición de otros documentos probatorios. No siempre se logra una prueba tan plena, y a veces, precisamente se produce la oposición entre lo declarado en la escritura y otras pruebas.

No se admite la prueba de testigos para contradecir la declaración del vendedor, hecha en la escritura pública, de haber recibido el precio.

42.7. Cuestión muy distinta es la de **no haberse fijado precio** en un contrato en que se pretende transferir un inmueble, esto configura ese contrato de manera distinta: no es una compraventa. En una sentencia así se declara aceptando la prueba plena constante en la misma escritura pública.

En las ventas forzadas, es ante el juez del juicio ejecutivo ante quien debe hacerse el pago o consignación del precio, sea de contado o a plazos. De esto se sienta acta y este instrumento público constituye plena prueba del pago.

42.8. Si la escritura consta que **se ha pagado una cantidad superior** a la convenida como precio, habrá lugar a la correspondiente devolución.

42.9. En la compraventa de **muebles** la prueba puede consistir en documentos privados, confesión de parte, testigos o exhibición de documentos mediante los cuales se haya pagado, como son los cheques, que hayan sido cobrados o ingresados en una cuenta a favor del vendedor. Pero queda siempre la posibilidad de discutir sobre el motivo de estos pagos, si no consta en documento escrito.

42.10. El pago del precio debe ser completo y en caso contrario, el comprador no habrá cumplido su obligación. Puede el vendedor admitir pagos parciales, pero no está obligado a recibirlos.

La entrega incompleta de la cosa, no autoriza por sí sola a que el comprador deje de pagar el precio, será preciso constituir en mora al vendedor, pero el comprador no puede hacerse justicia por mano propia.

43. Lugar y tiempo del pago

43.1. "El precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario", dice el artículo 1812. Luego, prevalece lo que dispongan las partes, y a falta de determinación, se entenderá que el pago debe realizarse en el lugar y tiempo de la entrega de la cosa. Esto no significa que el contrato se perfeccione ese momento, sino que se cumple en tal lugar y tiempo, lo que ya obligaba a las partes por el mutuo consentimiento que perfeccionó el contrato.

43.2. Si se han estipulado **plazos** para sucesivos pagos, el comprador que haya cumplido con los primeros pagos y se atrasa en los subsiguientes, incurre igualmente en mora, con todas sus consecuencias.

43.3. Si las partes han estipulado **intereses** para el caso de mora, no significa que se autorice al comprador demorar los pagos, y las consecuencias de la mora substancialmente serán las mismas que en los casos ordinarios, con la sola diferencia de que tendrá que satisfacer los intereses pactados; éstos podrán imputarse al pago del perjuicio si esa ha sido la intención de las partes, y en caso contrario, se acumularán, además de la indemnización de los perjuicios que se probaren.

43.4. Si no hay plazo o condición, el pago debe ser **inmediato**, y al faltar, incurre el deudor en mora. Pero, para hacer efectivas las consecuencias de la mora, el reclamante debe haber cumplido su propia obligación: si también él ha incurrido en mora, se compensan las dos conductas ilegales y ninguno puede exigir al otro, salvo que proceda a cumplir o asegure el cumplimiento de la propia obligación. Esto es lo que se significa con el aforismo de que "la mora purga la mora".

43.5. Así, si **el vendedor no ha entregado** la cosa que debía entregar, el comprador puede abstenerse de pagar el precio, siempre que no se haya convenido el pago adelantado. En un contrato con la administración pública, se entregó y recibió a satisfacción un parte de la obra contratada,

dentro del plazo; el contratista tiene derecho al pago de lo que fue recibido a satisfacción, más los intereses por la mora en pagar.

43.6. El comprador no sólo está obligado a pagar en el lugar y tiempo establecidos o que se presumen, sino que también tiene el **derecho de realizar el pago**, que consolida su derecho sobre la cosa; por esto, si el vendedor se negara a recibir el precio en la forma establecida, el comprador puede consignarlo en un juzgado y la consignación, una vez aceptada, produce el efecto de solución de la obligación. El juez deberá calificar, en caso de oposición a recibir el precio, si existe la obligación y si se está cumpliendo en debida forma. No se admite el pago por consignación de una simple promesa de venta de inmueble, no efectuada por escritura pública, y que no ha surgido ninguna obligación y no puede constreñirse al dueño a que venda lo que realmente no ha prometido en debida forma.

No se autoriza el depósito judicial del precio alegando que falta la entrega total o parcial de la cosa. El incumplimiento de la entrega de la cosa por parte del vendedor da derecho a las acciones alternativas para exigir esa entrega o para la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, pero no está prevista la consignación judicial del precio para tales circunstancias.

La mera posibilidad de que pudiera deducirse una acción de dominio, no da derecho al comprador para solicitar la autorización de depositar el precio de la cosa vendida.

43.7. Esta obligación fundamental del comprador, de pagar el precio en el tiempo y lugar debidos, admite dos **excepciones**, previstas en el mismo artículo 1812: "Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa, o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autorización del juez, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio".

43.8. Ya hemos estudiado lo relativo al saneamiento por evicción: la obligación del vendedor de dejar indemne al comprador que haya sido privado judicialmente de la cosa comprada por alguna causa anterior al contrato. Aquí se aplica el mismo principio, a los casos en que se haya privado de la

posesión de la cosa al comprador, o de que exista un fundado motivo de temer que la perderá, por una acción judicial de carácter real. Nótese, que el derecho del comprador a realizar el **depósito** del precio, con permiso del juez, se produce solamente si el vendedor le ha ocultado estas posibles acciones de terceros; pero en el caso de la hipoteca el hecho es evidente, ya que este gravamen ha de estar inscrito en el Registro de la Propiedad, con lo cual no se necesita de especial advertencia del vendedor para saber que existe. Habría, más bien, que demostrar que de alguna manera fraudulenta el vendedor impidió al comprador que conociera de la existencia del gravamen hipotecario.

43.9. Si el mismo vendedor se mantiene en posesión de la cosa vendida, lo que debe hacer el comprador es obligarle a la entrega, sea mediante una acción para el cumplimiento del contrato, o bien con una acción posesoria, si ya es dueño. Cuando el vendedor incurre en **mora de entregar** la cosa que ya pertenece al comprador, si la cosa perece, tendrá que responder el vendedor e indemnizar por la mora en que incurrió. Si entrega una cosa diversa de la convenida y la acepta el comprador, se produce una novación objetiva. En uno y otro caso, el comprador, a su vez, debe pagar el precio convenido.

La entrega de un inmueble que ha sido arrendado y cuyos inquilinos no lo hayan desocupado, no significa mora del vendedor -salvo que se haya obligado a entregar la cosa libre de todo ocupante-, ya que los arrendatarios no son poseedores, sino meros tenedores. Por tanto, en esta situación, considero que no sería aplicable el inciso segundo del artículo 1839, y no podría el comprador depositar el precio en el juzgado.

43.10. Muchos tratadistas (Planiol y Ripert, Baudry-Lacantinerie, Colín y Capitant, etc.) hacen notar que la ley ha organizado un conjunto de garantías destinadas a proteger al vendedor que no haya sido pagado, y tales garantías son de dos especies: unas tienden a asegurarle el pago del precio, y otras le permiten conservar o recobrar la cosa vendida, si no se le paga. Esta es la contrapartida al derecho del comprador de **retener el precio** o de depositarlo, cuando es el vendedor el que no cumple.

43.11. El comprador puede también incurrir en **mora de recibir la cosa**, con lo cual fácilmente causará perjuicios al vendedor que deberá cuidar de

la cosa, ocupar sus bodegas, etc. En el caso de mercancías que se descomponen o pierden su valor en breve tiempo, como sucede con muchos alimentos, el vendedor podrá disponer de estas cosas o venderlas a otro, en caso de mora del primer comprador.

43.12. Las normas generales sobre el cumplimiento de las obligaciones y más concretamente sobre el pago, se aplican a la compraventa, con muy sutiles especificaciones. El pago que haga el comprador a **los acreedores hipotecarios** del vendedor, le libera de tener que volver a pagar al mismo vendedor, como observa Borda.

43.13. Es frecuente la cláusula de que "no se admitirá ninguna reclamación ante del pago del precio"; pero se discute el valor de estas palabras. Parece evidente que el comprador puede **renunciar al derecho de retención** del precio, y la cláusula tendría por objeto concretar esa renuncia; pero sea ha de entender, como enseña Degni, dentro de la buena fe, supuesto que el contrato se válido y el vendedor no actúe de mala fe, y que la mala fe no merece ninguna protección.

43.14. La **retención del precio**, que autoriza nuestro Código en las circunstancias indicadas en el artículo 1812, sólo es posible antes de realizado el pago total; una vez efectuado, ya no cabe retención sino repetición. Si el pago se ha estipulado por dividendos o en plazos sucesivos, se admite la retención de los que estén aún pendientes, aunque se hayan satisfecho los anteriores. El pago inicial, puede deberse a desconocimiento de la acción real que pesa sobre la cosa, o la privación de la posesión puede sobrevenir más tarde, y por tanto, el comprador no pierde el derecho de retención por haber comenzado a pagar.

43.15. El dinero depositado da derecho a **cobrar intereses**, siempre que no se compensen con los frutos de la cosa que ya esté en manos del comprador. Aquí se discute si el vendedor deberá reconocer intereses cuando la cosa no es fructífera, la equidad inclina a no condenar a pagar intereses al vendedor, si el comprador estuvo en uso y goce de la cosa, aunque no haya producido frutos, si por ejemplo vive en la casa que compró (no cobra cánones de arrendamiento, pero disfruta de la habitación).

43.16. El comprador puede renunciar al derecho de retener el precio en los casos de **pérdida de la posesión o de acción real** que amenace su derecho, pero no se presume esta renuncia por el mero hecho de que haya conocido la existencia de tales peligros: se requiere que el vendedor los haya ocultado: que "no haya dado noticia antes del contrato", dice el artículo 1812, es decir, que se supone mala fe por parte del vendedor, si por el contrario, habiendo procedido correctamente el vendedor, la otra parte procede a comprar, no podrá ejercitar el derecho de retención, pero sí podrá hacerlo si el vendedor actuó de mala fe, aunque, por otros medios haya tenido noticia el comprador de las pretensiones de terceros sobre la cosa vendida.

43.17. En los casos de depósito del precio, solamente tiene valor de solución de la obligación del comprador, cuando **el juez acepte la consignación**. Mientras haya oposición de recibir por parte del vendedor y esté discutiéndose el derecho, no existe aún pago, y el comprador podría desistir y retirar lo consignado. No se libra de la posibilidad de caer en mora, mientras no se obtenga sentencia que reconozca la validez de la consignación.

44. Acciones alternativas, a falta de pago

44.1. "Si el vendedor estuviere constituido en mora de pagar el precio en el tiempo y lugar dichos, el vendedor tiene el derecho de **exigirle el precio o la resolución** de la venta, con resarcimiento de perjuicios", dice el artículo 1813 en su primer inciso.

Es norma general que cualquier contratante puede pedir el cumplimiento del contrato; en este primer punto, la norma transcrita nada tiene de nuevo. Más aún, el principio **"pacta sunt servanda"**, se recibe en todo sistema jurídico y en el derecho romano, principal fuente del nuestro, tenía absoluta aplicación.

Para el Derecho Romano clásico, el vendedor únicamente tenía el derecho de exigir el precio, si no había sido pagado. Posteriormente, se concedió una acción edilicia para, en ciertos casos, obtener la resolución del contrato incumplido por el comprador. En el derecho moderno, se ha generalizado

la posibilidad de la resolución, quedando las dos acciones como posibilidades alternativas.

44.2. Don Andrés Bello en el primer proyecto del Código Civil, se inclinó por la solución que facilitaba más la resolución del contrato, como si en todo caso existiere **pacto comisorio.**

Ya veremos que el pacto comisorio facilita la resolución del contrato. Los romanos no admitían el pacto comisorio sino cuando expresamente lo hubieran establecido las partes, y el pensamiento moderno favorece la aplicación del pacto, incluso tácito. Finalmente, el texto del Código Civil de Bello aprobado por el Ecuador, Chile y otros países, deja las dos posibilidades: pedir el precio, o la resolución del contrato.

En el Título de las obligaciones condicionales (Título IV del Libro IV), se establece que "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado", y agrega: "Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios" (Art. 1505). Estas disposiciones coinciden con lo previsto para la compraventa en el artículo 1840, con la diferencia de que este último, se refiere exclusivamente al incumplimiento del comprador en cuanto al pago del precio, mientras que el artículo 1505 se refiere genéricamente a toda obligación y de una y otra partes.

44.3. También es importante relacionar estos dos artículos, porque ambos señalan el derecho a la **indemnización** de perjuicios y la equidad impone esta reparación de perjuicios tanto en el caso de mora y de pago del precio mediante la acción para exigirlo, como en el caso de resolución del contrato. El texto de uno y otro artículos han dado origen a discutir si la indemnización se refiere solamente al caso de resolución, pero gramaticalmente, y por el sentido de equidad, la última frase, separada por una coma, se refiere a las dos acciones para pedir el precio o para resolver el contrato, en ambos casos, si hay perjuicios, el causante de ellos debe indemnizar.

El artículo 1813 no es una mera repetición del 1505, por lo ya señalado; ni tampoco se puede calificar de una aplicación concreta al caso de la compraventa, porque en realidad contiene una excepción o moderación del

rigor de la norma dada en general para las obligaciones condicionales. Esta limitación se contiene en el inciso segundo del artículo 1812: "Si exigiere la devolución, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados, hasta que se reciba la causa a prueba".

Según el artículo 1505, una vez que la parte que sí ha cumplido ha demandado la resolución del contrato al que está en mora, tiene derecho a obtener esta resolución declarada por sentencia, sin que se pueda trabar o impedir el ejercicio de su derecho con un pago extemporáneo. Pero, para la compraventa, el artículo 1813, admitió desde su origen, la posibilidad de que el comprador paralice la acción resolutoria, satisfaciendo al vendedor mediante el pago total del precio y los intereses. Se confiere de esta manera una cierta flexibilidad, favorable al cumplimiento del contrato.

44.4. Desde el principio de la aplicación del Código Civil surgió la duda de **hasta qué momento habría sido posible que el comprador paralice la acción resolutoria**, mediante el pago, aunque sea extemporáneo, del precio.

Desde la primera edición del Código Civil Ecuatoriano, hasta la de 1950, el actual artículo 1813 solamente constaba del primer inciso: "Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios" (Art. 1933 de la edición de 1950). Así redactado este artículo, prácticamente no añadía nada a lo dispuesto en general para las obligaciones con condición resolutoria, y dio origen a una discusión doctrinal y a sentencias contradictorias: unos sostenían que, al optar el vendedor por la resolución, el comprador ya no podría pagar el precio e impedir que prosperara la acción resolutoria, mientras que otros consideraban que el comprador podía pagar el precio hasta que hubiera sentencia ejecutoriada que declarara la resolución.

44.5. En vista de las sentencias contradictorias, la **Corte Suprema** en pleno dictó una resolución obligatoria, que se publicó en el Registro Oficial del 4 de agosto de 1957, y en la edición oficial del Código Civil, del año 1961, se incorporó al artículo 1930 y que ahora es artículo 1813. El segundo inciso dice así: "Si exigiere (se entiende, el vendedor) la resolu-

ción, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados, al dar contestación a la demanda y hasta que se reciba la causa a prueba".

Esta agregación, además de resolver la vieja controversia doctrinal y de jurisprudencia, hizo que el artículo 1813, difiera notablemente de la disposición del actual artículo 1505. La disposición del últimamente citado, implica el derecho de alcanzar la resolución de los contratos bilaterales, cuando la una parte ha cumplido y la otra parte ha incurrido en mora; mientras que para la compraventa, el comprador que ha incurrido en mora, puede aún después pagar y evitar la resolución del contrato, con tal que cancele íntegramente el precio y los intereses adeudados, hasta el momento en que el juicio hay entrado en la fase de presentación de pruebas.

44.6. La resolución de la Corte Suprema que incorporó el inciso segundo al que ahora es artículo 1813, fue muy debatida y finalmente se aprobó solamente por un voto de diferencia entre la opinión de mayoría y la de minoría de los ministros de la Corte.

La cuestión ha sido debatida también en otros países, y la **doctrina** local refleja las discusiones tenidas en otras naciones, con textos legales parecidos al nuestro, pero no idénticos. Esto explica por qué se dieron sentencias contradictorias y también la casi paridad de opiniones a favor y en contra de la resolución de la Corte Suprema.

En síntesis, el argumento fundamental de quienes sostenían que una vez presentada la demanda del vendedor para la resolución del contrato, ya no podría el comprador pagar el precio y evitar dicha resolución, consistía en considerar el derecho del vendedor quedaría muy disminuido si el vendedor pudiera paralizar la acción; prácticamente quedaría todo en manos del comprador quien podría cumplir puntualmente su obligación o no cumplir y de todas formas alcanzar que el contrato surta los efectos que le resultaren beneficiosos.

En cambio, lo sustancial de la defensa de la tesis que finalmente triunfó, se basa en consideraciones históricas (en el Derecho Romano no se daba el pacto comisorio tácito, ni existió inicialmente acción resolutoria para estos casos, sino sólo la de cumplimiento del contrato) y en la conveniencia de

procurar que los contratos de todas formas surtan su efecto, en la medida de lo posible, y que al fin y al cabo, si el comprador pagaba el precio, el vendedor debería respetar el contrato.

Actualmente, pues, cada una de las partes puede exigir a la otra el cumplimiento del contrato y en caso de mora de la parte contraria, demandar la resolución del contrato.

44.7. El vendedor debe entregar la cosa, y si no cumple con ese deber, el comprador se lo exigirá judicialmente, o bien optará por pedir la resolución del contrato. En ambos casos se permite demandar la **indemnización de perjuicios**, si se hubieren producido y se pueden probar. En muchas sentencias se condena a estos pagos, y en otras se niega por falta de la debida prueba; pero no basta que el demandado se allane a la demanda, para evitar el pago de los perjuicios debidamente probados. No se puede exigir al vendedor que indemnice perjuicios si el comprador no ha pagado puntualmente el precio: si ambas partes están en mora, se compensan sus obligaciones. Si se ha estipulado una cláusula penal con la intención de cubrir con ella los perjuicios, al pagar dicha pena se cumple con la obligación de reparar el perjuicio. No habiéndose pagado la totalidad del precio, la otra parte no incurre en mora de entregar una obra que se obligó a hacer y el comprador no tiene derecho de exigir el cumplimiento del contrato, mientras él a su vez no cumpla o asegure que se allana a cumplirlo.

44.8. Si el comprador no paga, a su vez, el vendedor lo primero y más natural es que demande el cumplimiento de esta obligación que exija el pago. Al igual que en los casos anteriormente expuestos, se requiere que la parte reclamante haya cumplido su obligación, para que pueda exigir que se le satisfaga lo que le corresponde y así se ha resuelto en numerosas sentencias.

La otra opción, en caso de mora, consiste en que la parte que sí ha cumplido, demande la resolución del contrato y si obtiene sentencia favorable, tendrá derecho a que se repongan las cosas en su estado anterior, en la medida de lo posible, también con la reparación de los perjuicios producidos y probados.

44.9. Para que la resolución tenga éxito, lo primero que se requiere es que la cosa vendida **subsista** y que no se encuentre substancialmente cambiada, ya que en tales supuestos la restitución resultará imposible: si se trataba de alimentos u otros objetos consumibles y realmente se han consumido, o de una casa que ha sido derrocada, un ganado despostado, etc., ya no pueden volver a propiedad de quien los vendió. Pero la simple enajenación o el gravamen impuesto por el comprador, no impide la resolución.

44.10. La resolución puede demandar el vendedor, en toda clase de ventas, en el **lugar y tiempo** estipulados, o en el lugar y tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario". Porque la ley no hace distinción: tanto en las privadas como si se hubieren realizado en **subasta pública**.

44.11. Si el comprador está constituido en mora, el vendedor tiene la **opción** entre las dos acciones: o pedir el cumplimiento o pedir la resolución, pero no puede intentar ambas acciones a la vez, porque son incompatibles y si presenta las dos, serán rechazadas ambas por improcedentes.

44.12. Tampoco se admite que el vendedor demande la nulidad del contrato y al mismo tiempo la resolución por incumplimiento, ya que la resolución supone la existencia de un contrato válido; no puede ser a la vez válido y nulo.

44.13. No es admisible el cambiar la acción, una vez trabada la litis. En un caso se demandó la rescisión por falta de pago del precio, y la Corte resolvió que la acción que correspondía era la de resolución; existiendo una diferencia radical entre ambas acciones, no se consideró posible enmendar el error del demandante, ni aplicar la norma por la cual el juez debe suplir las omisiones de derechos, y que esta confusión entre rescisión y resolución no es una simple "omisión".

44.14. La falta de pago puede ser **total o parcial**, principalmente si se ha estipulado los pagos parciales o escalonados. Cabe demandar la resolución siempre que existe mora, aunque sea parcial, pero si también la entrega de la cosa admite división, se ha realizado por remesas parciales, lo que ha sido entregado y pagado no tiene por que alterarse y solamente se obtendrá la resolución con respecto a la parte que falta de pagar, siempre con la correspondiente indemnización, si hay motivo para ella.

Se requiere que exista determinación de lugar y tiempo para el pago y que no se haya cumplido debidamente; si, por el contrario, el vendedor ha admitido pagos parciales y no hay la suficiente determinación de la obligación del comprador, no podría conseguirse la resolución.

44.15. Para **constituir en mora**, por regla general se debe requerir judicialmente el pago (Art. 1567 num. 3), pero hay dos excepciones, señaladas en los números 1 y 2 del mismo: 1. La existencia de plazo y que esté vencido; 2. Que la cosa no haya podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo. Si se prueba una de estas circunstancias, se obtendrá la resolución por existir mora, aunque no haya precedido reclamación judicial para el cumplimiento.

44.16. Presentan especial dificultad los **contratos mixtos** de arrendamiento y venta: cuando se va pagando por cuotas un bien, generalmente mueble, que se tiene ya en uso por el comprador en calidad de arrendatario con opción de compra al momento en que haya cancelado todo el precio; si se produce mora, normalmente se estipula que los pagos ya hechos se imputen a arriendo e indemnización de perjuicios; pero el vendedor no puede seguir cobrando más allá del precio de la cosa.

44.17. La acción para pedir la resolución del contrato es **indivisible** por su misma naturaleza, ya que un contrato no puede ser válido para uno y nulo para otro; si hay pluralidad de partes, todas tienen que obrar de consuno. Cuestión diferente es la de los pagos (partes del precio) o indemnizaciones, que, una vez ordenados por el juez se podrán pagar parcialmente por los diversos deudores o cobrar en la proporción que a cada acreedor corresponda[3].

44.18. Cuando el vendedor **ha escogido la acción** para resolver el contrato, ya no podrá exigir el pago del precio, al comprador moroso. Pero, si ha seguido la acción para cobrar lo que le debía el comprador, incluso después de obtener sentencia favorable, si demuestra que no ha conseguido el pago ordenado, podría intentar la acción de resolución, puesto que

[3] Una detallada y bien fundada sentencia en Gaceta Judicial, Serie VII, No. 6, p. 545, 20 de octubre de 1947.

sería injusto que perdiera la cosa y el precio, y una vez demostrada la imposibilidad de cobrar el precio tendría que devolverse la cosa vendida.

45. Efectos de la resolución para las partes contratantes

45.1. La sentencia que resuelve el contrato de compraventa, por mora del comprador en el pago del precio, produce efectos entre las mismas parte contratantes y, eventualmente, respecto de terceros.

Para las partes, la resolución significa **volver**, en la medida de lo posible, a la situación anterior a la celebración del contrato; por tanto, el vendedor recupera la cosa vendida y el comprador la parte del precio que haya pagado (si hubo algún pago parcial).

45.2. Pero, como la cosa generalmente habrá sido entregada al comprador y éste habrá tenido su uso y goce, la resolución también implica la devolución material de la cosa y la **compensación al vendedor** por el provecho que obtuvo el comprador teniendo la cosa. Normalmente se establece el pago de intereses del capital debido por el comprador, para cubrir estos beneficios por él recibidos. También puede existir una estipulación específica de arras o una cláusula penal, para cubrir estas obligaciones.

45.3. Hay que considerar también, para las relaciones entre las partes, las **mejoras** que puede haber introducido el comprador o que pueden haberse producido, incluso naturalmente o por el transcurso del tiempo, y los deterioros o desmejoras que haya experimentado la cosa. Esto origina prestaciones recíprocas, entre las partes.

45.4. Para resolver este conjunto de cuestiones entre las partes, el Código considera al **comprador moroso, como poseedor de mala fe**, y se le aplican las reglas generales para el que se halla en esa situación jurídica, salvo que en descargo suyo pueda probar que no pagó por circunstancias de fuerza mayor: "que pruebe haber sufrido en su fortuna, sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado".

Esto, que configura claramente la fuerza mayor, no significa que el comprador no tenga ninguna responsabilidad o que pueda impedir la resolu-

ción del contrato, sino que se le ha de considerar como poseedor de buena fe, con la consiguiente disminución de su responsabilidad.

45.5. Respecto de las **arras**, en el artículo 1815 se insiste en que, caso de haberse estipulado, el vendedor podrá retener las arras, o exigirlas dobladas (cuando las tenga el comprador).

45.6. La restitución de los **frutos** percibidos por el comprador y debidos al vendedor, ha de ser total si el comprador no ha pagado ninguna parte del precio, y parcial y proporcional, en el caso de haber pagado una parte del precio. Esto es perfectamente equitativo y también está consignado en el artículo 1815.

45.7. Además de la restitución de la cosa, los frutos y las otras obligaciones que se acaban de señalar, el vendedor tendrá derecho a ser indemnizado por el **lucro cesante y el daño emergente** que le haya producido la resolución del contrato, siempre que pruebe estos daños. La jurisprudencia ha precisado bastantes detalles a este respecto:

"Si bien no se han justificado en el curso del proceso los perjuicios cuya indemnización reclama el actor, esta circunstancia no exime al demandado de la obligación de pagar los intereses sobre la suma de dinero por él recibida y que se le obliga a devolver, en razón de declararse resuelto el contrato en cuya virtud la recibió".

"Declarada resuelta la venta de un fundo, el inventario de entrega de éste al vendedor, debe practicarse simultáneamente con ella. En este caso, la devolución del precio debe efectuarse inmediatamente después de entregado el fundo. Dicho precio no es materia de la liquidación que debe hacerse de las prestaciones mutuas de los contratantes, que consiste en la suma determinada y confesada en la escritura de venta. Por esto se ordena: que sea entregado inmediatamente, el fundo por medio de inventario que se practicará el momento de la entrega, que hecho esto, se devuelva el precio recibido por la vendedora y se celebre, enseguida, el juicio sumario para la liquidación de las prestaciones declaradas a favor y en contra, respectivamente, de ambas partes".

"Declarada la resolución del contrato de venta, es legal ordenar las mutuas prestaciones, por ser éstas unas de las consecuencias inmediatas de la resolución. Por lo mismo, para hacer efectivas esas prestaciones, no es de ley la necesidad de un nuevo juicio. Para el abono de frutos, es base la señalada por la ley, sin consideración a lo estipulado por las partes acerca de intereses sobre el precio de la cosa materia del contrato". No es indispensable que el actor señale desde el primer momento cuáles son las prestaciones que se le deben, ya que es la ley la que las ordena.

Constando que el comprador ha pagado una parte del precio, debe restituir al vendedor, solamente la parte de los frutos que corresponda en proporción a la parte adeudada por precio. Es legal que los frutos se compensen con los intereses del precio recibido por el vendedor, y por consiguiente, este debe devolver sin interés las cantidades que le fueron pagadas en exceso por el comprador.

Si se han estipulado intereses para el caso de mora, no se excluye por esto que también se pueda cobrar indemnización por perjuicios, siempre que se prueben y que el contrato no haya previsto que los intereses cubrirán un eventual perjuicio por mora.

Una sentencia sostiene que la reparación por daños causados por incumplimiento de contrato, no pueden demandarse en forma independiente sino conjuntamente con las acciones atinentes al contrato, ya que para que éste quede sin efecto, ya para exigir su cumplimiento.

46. Efectos de la resolución con relación a terceros

46.1. Por una parte, el comprador tiene obligación de **respetar los derechos adquiridos** por los acreedores del vendedor antes de la compraventa, como lo reconoce una sentencia de la Corte Suprema y resulta de la lógica aplicación del principio de respeto a los derechos adquiridos. Así, por ejemplo, un gravamen hipotecario no podrá ser desconocido por el comprador.

46.2. Por otra parte, **el comprador que ha recibido la cosa por la tradición, es dueño y puede disponer** de lo que es suyo, sea gravando con derechos reales de uso, usufructo, habitación, servidumbre o enajenando

lo que le pertenece. Al resolverse el contrato por el cual adquirió el bien, los terceros que su vez recibieron derechos del comprador verían comprometidos esos derechos, pero la ley les protege: el artículo 1816 dice: "La resolución por no haberse pagado el precio no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino de conformidad a los artículos 1506 y 1507", los cuales se refieren respectivamente al caso de los muebles y al de los inmuebles".

46.3. Para los muebles, el artículo 1506 establece que "no habrá derecho de reivindicar la cosa contra terceros poseedores de buen fe". Por sentido contrario se deduce que solamente se podrá **reivindicar la cosa frente al tercero que la adquirió de mala fe**. Esto deriva del hecho de que se presume que el poseedor es propietario y así se facilita el comercio de los bienes muebles, que resultaría casi imposible si estuviera sujeto a la incertidumbre de si realmente se adquiere lo que se compra. El vendedor que obtiene la resolución del contrato, podrá embargar el precio que recibió o debe recibir su comprador por la venta al tercero aplicando el artículo 947[4], o podrá ejecutar su derecho en otros bienes del comprador, pero no puede privar al tercero que de buena fe adquirió de su comprador.

46.4. Si se trata de **inmuebles**, el artículo 1507 dispone que: "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública". Aplicado esto a la compraventa, se entenderá, que si se produce la resolución por falta de pago del precio, el vendedor podrá reivindicar el bien raíz siempre que haya estado inscrito en el Registro de la Propiedad, si el vendedor primero no tenía inscrito de propietario, no podrá reivindicar. Esta solución se ajusta al sistema jurídico del título y el modo, y respeta las normas de la equidad, y que el vendedor no puede transferir lo que no tiene, ni reclamar a terceros más de lo que él vendió; a su vez, los ulteriores compradores (los que compran al primer comprador) si adquirieron algo sabiendo que su comprador directo podía perderlo por el cumplimiento de una condición, corren conscientemente el riesgo y han

[4] El artículo 947 dice: "La acción reivindicatoria se extiende al embargo, en manos de tercero, de lo que por éste se deba como precio o permuta al poseedor que enajenó la cosa".

de soportar las consecuencias de la reivindicación; siendo la condición, en el caso de la compraventa, el pago del precio.

46.5. Si **consta** en la escritura pública inscrita que el primer comprador **no ha pagado** el precio, que debe pagarlo, el tercero que a su vez adquiere de este comprador, tendría que convenir en pagar directamente al primer vendedor, o asegurarse de que el derecho del primer vendedor quede satisfecho, para no correr el riesgo de la reivindicación.

En el inciso final del artículo 1816 leemos: "Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá contra terceros poseedores otra prueba que la de nulidad o falsificación de la escritura", lo cual corrobora lo que acabamos de decir respecto del artículo 1507: si en la escritura pública consta que el comprador no ha pagado el precio, el que a su vez adquiera de éste (por compra o permuta u otro contrato), debe saber que el primer vendedor podrá reivindicar la cosa una vez resuelta la venta por falta de pago; pero cabe la hipótesis de que en la escritura conste como pagado el precio, y el nuevo comprador se atiene a esta constancia como es natural; si resulta que se resuelve el primer contrato, podrá llegar el segundo comprador que la primera escritura fue nula o falsificada, y por tanto resultó engañado sin culpa alguna de su parte, pudiendo defenderse así contra la pretensión de reivindicación del primer vendedor. No se concibe que el primer vendedor haya obrado de buena fe, si en la escritura hizo constar que había recibido el precio y posteriormente demanda y obtiene la resolución del contrato por falta de pago del precio; esto implica falsedad o falsificación de la escritura, y nadie puede beneficiarse de su propia actuación ilegal; por esto el tercero engañado por la escritura falsa, puede oponer esta excepción contra la acción reivindicatoria.

46.6. Una antigua sentencia admite que en el mismo libelo pueda deducirse la acción para la resolución del contrato contra el comprador, **y la restitución** del mismo fundo contra un tercero que lo hubiese adquirido del comprador y lo estuviese poseyendo actualmente.

En otra resolución se declara: "La aplicación del artículo 1481 (hoy Art. 1507) supone: 1. Que el comprador enajenante sea deudor condicional de la cosa que compró, y a su vez vendió a un tercero; 2. Que la acción se dirija contra la venta que hubiese hecho dicho comprador. Siendo un sola

la acción y uno sólo el contrato es in jurídico relevar al comprador de las obligaciones que le impone la resolución -restituir la cosa o el precio- por el solo hecho de haber enajenado un parte de los bienes comprendidos en la demanda". Evidentemente, no puede quedar al arbitrio del comprador el burlar al vendedor, con el ardid de vender una parte de la cosa y no pagar el precio que debe; si hubiere vendido, el precio que debe recibir, puede ser embargado por su vendedor, conforme al artículo 947 del Código Civil, si el comprador hubiere enajenado toda la cosa, tendrá que respetarse el derecho del tercero de buena fe que le compró, pero el primer comprador tendrá que pagar todo el precio a su vendedor. En cambio, si el segundo comprador actuó de mala fe, no podrá oponerse a la reivindicación de la cosa por parte del primer vendedor, en el supuesto de que haya obtenido éste la resolución del contrato; y debe entenderse que hay mala fe, si la segunda venta se hace después de iniciada la demanda de resolución.

46.7. Otra sentencia aclara que: "Si la resolución retrotrae las cosas al estado anterior al contrato, ello tiene lugar sin perjuicio de los derechos de los terceros. El acreedor **hipotecario** es tercero respecto de cuanto concierne al contrato entre comprador y vendedor acerca de la cosa hipotecada. Por lo tanto, el derecho del acreedor no puede extinguirse por una sentencia dictada en un juicio al cual no ha sido llamado; menos aún cuando la condición resolutoria no aparece expresada en la escritura, sin que tal cosa aparezca por el solo hecho de constar que el precio ha de pagarse dentro de un plazo. Si no debieran aplicarse así las leyes, sería fácil burlar el derecho de los acreedores, sin más que obtener la resolución de un contrato, sea por acuerdo privado, sea por medio de una sentencia que puede proceder de una colusión entre el comprador y el vendedor, tendiente a establecer una preferencia respecto del crédito del vendedor con relación a los créditos de los demás acreedores".

46.8. En la siguiente sentencia, se aplica la norma respecto del poseedor de **mala fe,** y se presume esta mala fe por determinadas circunstancias que han sido probadas: "El vendedor demanda la resolución del contrato celebrado, por falta de pago del precio por el comprador, y la rescisión de la venta hecha por éste a un tercero, por otorgada con mala fe y en perjuicio de los derechos del primer vendedor; las acciones entabladas de resolución y rescisión se hallan autorizadas por la parte final del artículo 76 del Códi-

go de Procedimiento Civil, acciones que se han tramitado por la vía ordinaria. Habiéndose estipulado que la mora en el pago de un dividendo del precio, le daría al vendedor el derecho para exigir el cumplimiento íntegro de la obligación, es procedente la acción resolutoria, de acuerdo con el artículo 1864 (hoy Art. 1813), ya que se ha dejado vencer los plazos estipulados. Si bien la acción resolutoria es personal, alcanza en sus efectos jurídicos a terceros poseedores de mala fe, en fuerza de lo prescrito en el artículo 1867 (hoy Art. 1816). Aunque no exista prueba en el proceso de la simulación del contrato de compraventa efectuado con un tercero, sí la hay de la mala fe con que ambos procedieron en su otorgamiento, por haber estado el vendedor constituido en mora de pagar el precio, sin otros bienes ni medios para ganar la vida, siendo por estas circunstancias que las conoció el tercer comprador, manifiesto el perjuicio que ha sufrido el primer vendedor, quien no obtuvo con aquella enajenación de mala fe el pago efectivo de su crédito; caso de rescisión a favor del acreedor que se halla previsto en el numeral 1 del artículo 2450 (hoy Art. 2370). Por tales consideraciones, se declara la resolución del primer contrato y la rescisión del segundo".

46.9. Del mismo modo que el vendedor no puede resultar perjudicado por la mala fe con la cual el comprador, sin pagarle el precio, vende la cosa a un tercero; tampoco puede el vendedor desconocer los actos legítimamente efectuados por el comprador, de **buena fe** y con terceros de buena fe, en ejercicio del derecho de propiedad que ha adquirido el comprador: esos actos o contratos tienen que respetarse aún en el caso de que el primer vendedor haya obtenido la resolución del contrato.

46.10. En **resumen,** de la ley y de la jurisprudencia se concluye: 1. La resolución del contrato de compraventa, por falta de pago del precio por parte del comprador, vuelve las cosas al primitivo estado y afecta directamente a las partes contratantes: 2. Los terceros que hubieren adquirido derechos del comprador, en principio no sufren en tales derechos por la resolución; 3. Los terceros que hubieren actuado de mala fe, deben atenerse a las consecuencias de la resolución y por tanto, el vendedor podrá reivindicar la cosa que estuviere en posesión de terceros; 4. Si se trata de inmuebles, los terceros serán afectados por la resolución, únicamente si constaba en la escritura la condición que dio origen la resolución (y la falta de pago es condición implícita); 5. El vendedor queda protegido en sus

intereses porque aún cuando la cosa haya pasado a terceros, puede pedir la resolución del contrato y si resulta imposible recuperar el objeto, tiene derecho a cobrar el precio.

47. Pacto comisorio

47.1. En el concepto más amplio, se llama pacto comisorio **a la cláusula que permite, en los contratos bilaterales, a la parte que haya cumplido el contrato que pueda pedir la resolución** del mismo. Para la compraventa, se confiere este derecho al comprador, cuando el vendedor no ha entregado la cosa en el tiempo y lugar convenidos, y se reconoce igual derecho al vendedor, para pedir la resolución, cuando el comprador no ha pagado el precio en el tiempo y lugar convenidos. Este derecho de resolución a falta de pago, que se ha expuesto en el número anterior, es y un pacto **comisorio tácito**: se entiende incorporado en todo contrato de compraventa, por esto, llama la atención que nuestro Código dedique un párrafo especial al pacto comisorio, y a primera vista no se descubre qué agregue este pacto a lo ya establecido anteriormente en general para todo contrato sinalagmático y más concretamente para la compraventa. La explicación de esta especie de duplicidad, se encuentra en los antecedentes históricos, y en una sutil distinción de orden práctico.

47.2. El antecedente histórico que es preciso tener en cuenta consiste en que en el **Derecho Romano clásico**, la compraventa, y en general los contratos bilaterales, no daban lugar a una acción de resolución por incumplimiento de una de las partes, sino que se confería solamente la acción *ex contractu* para exigir el cumplimiento. Por esto, el vendedor que no hubiere obtenido el pago del precio por parte del comprador, solamente podía demandarle para que pagara el precio completo. Sin embargo, podían las partes pactar expresamente el pacto comisorio, por el cual, en caso de incumplimiento de una de ellas, la otra tenía el derecho de exigir la resolución del contrato. Este pacto se generalizó poco a poco y el **Derecho Canónico lo consideró natural**, parte integrante de toda compraventa, por un sentido elevado de equidad. El desarrollo del comercio en la época moderna ha confirmado la conveniencia práctica y el valor equitativo de la resolución a falta de pago.

47.3. Don Andrés Bello tuvo la intención de incluir el pacto comisorio como la regla general de toda compraventa, y no consiguió que la Comisión Revisora de sus primeros proyectos de Código aceptara en su integridad esta innovación, de donde resultó la redacción actual de nuestra ley, un tanto ambigua.

47.4. Efectivamente, ya reconoce el artículo 1813 el derecho del vendedor de pedir la resolución del contrato de compraventa, si el comprador no le ha pagado el precio en el tiempo y lugar convenidos. Se le confiere este derecho como una alternativa a la exigencia del pago: **el vendedor puede escoger** entre constreñir al comprador para que pague o pedir la resolución del contrato. Pues bien, el artículo 1817 dice: "Por el pacto comisorio se estipula expresamente que no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta" y el siguiente artículo aclara que por el pacto comisorio no pierde el vendedor el derecho de opción entre exigir el pago o pedir la resolución. Entonces cabe preguntarse ¿qué diferencia hay entre el pacto comisorio tácito, prescrito por el artículo 1813 y el pacto comisorio expreso definido en el artículo 1817 y su complemento por el artículo 1817 y su complemento en el artículo 1818? La respuesta que da el sentido común, y que siguen varios autores, es que no hay ninguna diferencia entre las dos situaciones jurídicas, al menos en cuanto a las relaciones entre las parte. Efectivamente, el vendedor tiene en uno u otro caso (se haya pactado expresamente o no se haya establecido expresamente el pacto comisorio), el derecho de escoger entre las dos acciones: o demandar el pago o demandar la resolución del contrato.

47.5. El **agregado** que se introdujo en el artículo 1813 por resolución de carácter generalmente obligatorio de la Corte Suprema y que figura en el Código **desde la edición de 1961**, establece que el comprador puede paralizar la acción resolutoria, pagando el precio ("capital e intereses adeudados"), hasta que se reciba la causa a prueba. La doctrina admite que esta norma se aplica también al llamado "pacto comisorio simple", que se distingue del "pacto comisorio calificado". El primero consistiría en la cláusula por la que expresamente se reconoce el derecho que ya confiere de modo tácito el artículo 1813, es decir, que no cambiaría en nada la relación entre las partes, y por eso, el comprador, podría, hasta que se abre la causa a prueba, paralizar la acción resolutoria, pagando el precio.

47.6. El **"pacto resolutorio calificado"**, sería el más específico, el que establezca expresamente que *ipso facto* se resolverá el contrato por el hecho de no pagar el comprador el precio. Este pacto especialmente severo, se prevé en el artículo 1819 que dice: "Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelve *ipso facto* el contrato de compraventa, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda".

47.7. Aquí aparece la **diferencia que hay por una parte, entre el pacto comisorio tácito y el expreso simple, y por otra el pacto comisorio calificado**: Los dos primeros supuestos producen igual efecto, y el segundo caso produce un efecto ligeramente diverso. Si no se pactó expresamente (sólo tácitamente) o si se pactó el comisorio simple, el comprador tiene la posibilidad de impedir la resolución del contrato pagando el precio **hasta el momento en que se abre la causa a prueba**, en el juicio iniciado por el vendedor para la resolución del contrato. En cambio, con el pacto comisorio calificado, el convenido para que produzca efecto *ipso facto*, el plazo de gracia dentro del que todavía puede pagar el comprador para impedir que se resuelva el contrato, es más breve: solamente **veinticuatro horas a partir de la citación** de la demanda. La diferencia no resulta, pues, muy notable.

47.8 Considero que, aunque el texto legal adolece de cierta imprecisión, debida a los motivos históricos indicados, hay que entender que en cualquier caso de compraventa, el vendedor que no ha sido debidamente pagado: 1. Puede siempre escoger entre las dos acciones ya mencionadas (para el pago, para la resolución); 2. Si escoge la una o la otra, debe demandar al comprador, para obtener sentencia que reconozca su derecho. El comprador, en cambio; una vez que recibe la citación de la acción resolutoria, puede paralizar el efecto de esta acción pagando hasta el momento de la apertura de la causa a prueba, en los casos generales (pacto comisorio tácito o expreso simple); 3. Solamente tiene 24 horas, si pactó comisorio calificado; pero aún en este caso, se requiere que el vendedor le conmine con la demanda judicial.

47.9. Una amplia **sentencia** de la Corte Suprema, analiza estas situaciones: "Si bien es cierto que la oferta de pago por consignación se la hizo des-

pués de constituido el comprador en mora de pagar el precio total del inmueble, esto es, cumplida ya la condición resolutoria tácita, también lo es que ésta no produce, por el mero hecho de verificarse, la resolución ipso facto del contrato: pues faculta solamente a la parte que ha cumplido con las estipulaciones del contrato, para que pueda pedir su arbitrio la resolución o el cumplimiento, con indemnización de perjuicios: se sigue que, mientras por fallo judicial no se declare resuelto el contrato, este subsiste con todos sus derechos y obligaciones cuyo cumplimiento ha servido de base para la demanda, durante el curso del juicio, hasta la sentencia definitiva. Lo dicho aparece con más claridad, si se examinan los diversos efectos jurídicos de la condición resolutoria tácita y de la expresa, o sea el pacto comisorio. Por este pacto se estipula expresamente que no pagando el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta, en el cual se entiende siempre esta estipulación, y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, que no priva al vendedor de la elección de acciones, para exigir el precio o pedir la resolución de la venta, con indemnización de perjuicios a menos que se hubiese estipulado que de no pagarse el precio, en el plazo convenido, se resuelve ipso facto el contrato, en cuyo evento podrá aún el comprador hacerlo subsistir consignando el precio dentro de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda. Entre la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio simple o no calificado no hay ninguna diferencia, en cuanto en ambas surte el efecto de facultar al vendedor para que libremente elija entre pedir la resolución o el cumplimiento del contrato. No así tratándose del pacto comisorio con la estipulación de que se resolverá ipso facto la venta si no se pagare el precio en el tiempo convenido; estipulación que ésta sí produce el efecto de que se resuelva el contrato por el hecho de incurrir el comprador en mora, concediéndosele a lo más el término de veinticuatro horas para que pague, si quiere evitar las consecuencias de la resolución operada ya por el ministerio de la ley. Se ve con claridad, la diferencia sustancial entre la condición resolutoria tácita y simplemente expresa por una parte, y la expresa con adición de que la venta se resolverá ipso facto cumplida la condición. En el primer supuesto, el vendedor puede acudir al juez para que mande que se le pague el precio o para que declare resuelto el contrato, subsistiendo el contrato aún en el caso de que opte por la resolución, mientras no exista fallo definitivo que lo declare resuelto; y en el segundo supuesto, el contrato se resuelve por el ministerio de la ley, sin que el vendedor pueda elegir entre el pago del precio o la resolución de la venta. De

donde se concluye que tratándose de la condición resolutiva tácita y el pacto comisorio simple, la venta subsiste mientras el juez no la declare resuelta en fallo definitivo, pudiendo satisfacerse el precio, durante el juicio. Y esta recta interpretación de la modalidad y efectos jurídicos de la condición resolutoria tácita en el contrato de compraventa, está de acuerdo con el común sentir de los comentadores franceses más connotados, cuyo dictamen unánime es que la condición resolutoria tácita, como sobreentendida por el legislador, no deja sin efecto el contrato mientras no se expida el fallo definitivo que lo declare resulto, pudiendo el comprador pagar el precio en el curso del juicio, impidiendo así la expedición del fallo. Del mismo parecer son los reputados expositores Alessandri, Claro Solar y Barros Errázuris y su criterio al respecto se halla confirmado por la jurisprudencia uniforme de las Cortes de Apelación y de Casación de Chile. En igual sentido se ha pronunciado la Corte de Casación de Colombia. Habiendo el comprador ofrecido y consignado la suma que aún debía en el intervalo entre la demanda para que se declare resuelto el contrato y la citación a los demandados de esa oferta y consignación se las estima legales y se rechaza la demanda"[5]. Esta fue una de las sentencias que consideró la Corte Suprema para adoptar la resolución de carácter generalmente obligatorio en 1957; después de esa resolución del Plenario de la Corte, quedó establecida la norma de que hasta el momento de la apertura de la causa a prueba, será posible el pago que impida la resolución de la compraventa, en lo demás, la sentencia transcrita tiene actualidad y señala con acierto las diferencias de las relaciones entre las partes, según sea el pacto implícito, explícito simple o explícito calificado (ipso facto).

47.10. Encuentro que la diferencia entre los tres casos planteados, se acentúa cuando se mira las **relaciones con terceros.** Efectivamente, quienes hayan adquirido a título oneroso, del comprador, no pueden sufrir en sus derechos legítimamente adquiridos, siempre que hayan procedido de buena fe, tal como ya hemos expuesto anteriormente; pero, si estos terceros han actuado de mala fe, el vendedor primero, puede reivindicar la cosa que ha regresado a su dominio por la resolución del contrato. Ahora bien, si la primera venta se hizo simple y llanamente, es decir con sólo el pacto resolutorio tácito, no está una persona obligada a hacer mayores averiguaciones sobre si el comprador (que ahora es quien le vende) ha

[5] Gaceta Judicial, Serie VII, No. 1, p. 34, 19 de septiembre de 1945.

pagado el precio; se supone que quien está en posesión de una cosa es su dueño y puede libremente disponer de ella; si no hay indicios claros de insolvencia y de deuda del precio, el tercero que compra al comprador, se ha de considerar como adquirente de buena fe, y el primer vendedor no podrá despojarle por medio de la reivindicación, una vez pronunciada la resolución. En cambio, si consta en el primer contrato el pacto comisorio, y este primer contrato fue conocido, o debió ser conocido (por tratarse de escritura pública inscrita), por el tercero que a su vez compra, se puede presumir su mala fe, sobre todo si, por otra parte sabe o debe saber que el precio no ha sido pagado por el primer comprador, que ahora vende, con la consecuencia de que esto permitirá al primer vendedor, reivindicar.

La conclusión de que es posible presumir la mala fe, en los casos de pacto comisorio conocido o que debió conocerse, no es absoluta, y que la mera posibilidad de que se produzca la resolución del primer contrato, no implica necesariamente que ésta realmente se realice, ya que hemos visto que el comprador puede impedirla, pagando, y pagando hasta el momento en que se abre la causa a prueba (en los casos comunes o de pacto simple), o por lo menos en veinticuatro horas (si el pacto fue "ipso facto").

47.11. Las **sentencias** de la Corte Suprema confirman cuanto venimos exponiendo. En un caso, dos compañías celebraron un contrato de compraventa de banano: la un debía entregar el banano a la otra, para su exportación, y pactaron expresamente: "Se podrá pedir, sin necesidad de requerimiento previo la resolución del contrato"; y la sentencia aclara que este pacto comisorio no autoriza a que una de las partes que se considere perjudicada por el incumplimiento de la otra, dé por resuelto el contrato por sí misma, sino que **puede demandar** "sin requerimiento previo".

47.12. Todo este complejo mecanismo jurídico, como se puede apreciar, tiende a respaldar el cumplimiento de los contratos, al mismo tiempo que restablecer la equidad, si es violada por el incumplimiento de una parte. Por este motivo es razonable que se admita el *ius variandi*, **el cambio de la pretensión del vendedor**, cuando ha demandado el pago del precio y no lo consigue, ni mediante la orden judicial, se le abre la puerta para demandar la resolución. Viceversa, una vez presentada por el vendedor la acción de resolución, el comprador tiene a su alcance la posibilidad de pagar el

precio e impedir que el contrato quede sin valor, con lo cual el vendedor habrá obtenido el pago, aunque demandó resolución.

47.13. En los contratos de **tracto sucesivo**, el pacto comisorio sólo puede producir efecto *ex nunc* y no *ex tunc* (efecto retroactivo), porque lo ya cumplido permanece. Por ejemplo, en un contrato de provisión periódica de mercancías, en cierta cantidad y precio determinados, que debe cumplirse mensualmente, durante dos o más años, y se han cumplido por un tiempo, cayendo después en mora el comprador; el pacto comisorio afectaría exclusivamente a los plazos posteriores a la mora, no a los anteriores, que se respetarán como contratos autónomos.

47.14. Pero si la compraventa tiene una **unidad**, cualquier falta de cumplimiento de los pagos del único precio, dan derecho al vendedor pedir la resolución. Esto, debe moderarse, por sentido de equidad, sin llegar al extremo de que el incumplimiento de una **parte mínima**, lleve al desconocimiento de todo valor al cumplimiento casi total o de la mayor parte. Así en materia de construcciones, el resolver el contrato por una insignificante falta de pago, ocasionaría mayores perjuicios (y tal vez, a ambas partes), de suerte que el juez deberá moderar la aplicación del derecho, para que no sea *summium ius, summa iniuria.*

47.15. La aplicación del pacto comisorio no priva a las partes de su derecho a la **indemnización de daños y perjuicios** ocasionados por el incumplimiento de la otra parte. Si ambas han incumplido, se compensarán estos perjuicios, salvo que se prueba un manifiesto desequilibrio en daño de una de ellas, la que deberá ser indemnizada.

47.16. Si son **varios los acreedores** y unos desean exigir el cumplimiento, mientras que otros prefieren la resolución, en igualdad de condicione debe preferirse el cumplimiento, para aplicar el principio *pacta sunt servanda,* que inspira, nuestra legislación.

47.17. Otro problema plantea el pacto comisorio en nuestra legislación. El Código de **Comercio** no lo establece expresamente para la compraventa, como sí lo hace el Código Civil, de donde surge la duda de si lo dicho en el derecho común (civil), será aplicable a los contratos mercantiles, sea por la naturaleza misma del contrato o por las partes que intervienen (comercian-

tes). El Código de Comercio, no menciona expresamente el pacto comisorio, por falta de pago del precio y, en cambio señala en varios artículos (175, 177, 178 y 181), casos de resolución por incumplimiento de la entrega de las mercancías; por equidad, lo que se concede a una parte, tiene que reconocerse también a la otra, pero el silencio del Código Mercantil ha introducido esta duda, que se refleja en la jurisprudencia. En una sentencia de la Corte Suprema, la mayoría estuvo por la no aplicación de las normas civiles, en virtud del artículo 5 del Código de Comercio que se remite a ellas como supletorias, pues consideraron que el artículo 202 del mismo da otro efecto a la falta de pago del precio (cobro de intereses) y no la resolución del contrato, mientras que los votos salvados de los doctores Pino y Peñaherrera aseveran que el artículo 202 se refiere a otro asunto (al cobro de rédito) y no a la posible resolución, que efectivamente habría que admitir aplicando la ley civil.

47.18. El artículo 1820 del Código Civil establece que: "El pacto comisorio **prescribe** en el plazo prefijado por las partes, si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno".

Habría sido preferible que el legislador dijera que las partes pueden establecer un plazo de vigencia del pacto comisorio, que no exceda de cuatro años. Esto es lo que pretende la ley conceder a las partes, pero ha preferido llamar "prescripción" a este plazo que voluntariamente pueden señalar las partes, siendo así que las normas de la prescripción propiamente dichas no pueden ser alteradas por convención privada. La libertad de contratar y establecer un plazo, esta sí se limita de modo imperativo por la ley: no puede exceder de cuatro años, por lo que la acción comisoria o resolutoria, prescribe en ese término de cuatro años.

47.19. La prescripción del pacto o de la acción para hacerlo efectivo, no obsta a que **perduren las acciones para cobrar el precio o para exigir la indemnización** de perjuicios, que se someten a su vez a las normas generales de prescripción de las acciones.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

48. Venta con reserva de dominio

48.1. El pacto de venta con reserva de dominio **supera a las diversas garantías** de que dispone el vendedor, ya que mediante esta cláusula, el vendedor **conserva la propiedad** de la cosa vendida hasta que sea totalmente pagado el precio.

48.2. Esta figura jurídica tiene antecedentes en el **Derecho Romano** y, como indica Rezzonico, dio origen a abusos usurarios: se atribuye a ella la fortuna legendaria de Marcus Crasus; pero también puede ser útil para favorecer la adquisición de cosas por parte de personas que no disponen de capital suficiente y desean obtener plazos para pagos por dividendos. Esto es lo que ha hecho que en el mundo moderno haya vuelto a tener gran favor el pacto de reserva de dominio.

48.3. Con precisión **describe** así esta figura, Degni: "El vendedor permanece propietario de la cosa, con la sola limitación de conceder, entretanto, el uso y goce al comprador, y con la sola obligación personal de no transferir a otros la propiedad. El comprador es un precarista, no puede prescribir la cosa, y si dispone de ella responde de apropiación indebida. El vendedor continua siendo propietario; a cargo de él queda el *periculum rei;* pero precisamente porque el uso y goce es dado al comprador, la responsabilidad por los daños que la cosa ha podido ocasionar a los terceros corresponde al comprador". Todas estas características de la venta con reserva de dominio, tienen perfecta aplicación en nuestro sistema jurídico civil.

48.4. En el plano doctrinal se discute si la compraventa con reserva de dominio se ha de considerar como **un contrato con condición** suspensiva o con condición resolutoria. A mi modo de ver, esto depende del valor de la compraventa en cada sistema jurídico. Según el sistema francés, el mero contrato produce la transferencia del dominio, por consiguiente, si se reservara el vendedor la propiedad, se suspende el efecto traslativo del contrato; mientras que en los sistemas, como el nuestro, en que se entiende que la compraventa solamente origina obligaciones, el vendedor ya cumple su obligación de entregar la cosa, aunque no transfiera el dominio, y al quedar sin efecto el contrato por el incumplimiento de la condición de pago, se produce un efecto resolutorio, propio del pacto comisorio.

48.5. Analizando los dos aspectos de la compraventa, como contrato que origina obligaciones y como título de transferencia del dominio; se concluye que en el Ecuador, la venta con reserva de dominio implica un **condición suspensiva respecto de la transferencia del dominio y una condición resolutoria respecto del contrato** mismo.

El dominio no se transfiere entre nosotros por la simple vista, sino por la tradición; por tanto, el que vende y se reserva el realizar la tradición una vez que el comprador haya pagado el precio, está imponiendo una condición suspensiva, cumplirá su obligación de hacer la tradición y traspasar el dominio, cuando se cumpla la condición, cuando el comprador pague el precio.

Pero, por otra parte, el contrato de compraventa con reserva de dominio, se perfecciona por el acuerdo entre las partes sobre la cosa y el precio, y normalmente se comenzará a cumplir mediante la entrega material de la cosa al comprador para que tenga ya el disfrute de ella.

48.6. Si el comprador no paga el precio, el vendedor ejecutará el pacto comisorio tácito (o expreso, si lo hubo) y pedirá la **resolución del contrato** por el incumplimiento de la condición, que precisamente actúa con carácter resolutorio.

48.7. Esta diversa concepción de la naturaleza jurídica de la compraventa con reserva de dominio tiene importancia para la apreciación de las **consecuencias** del incumplimiento del contrato, y en ciertas circunstancias que suelen sobrevenir, como la quiebra sea del vendedor o del comprador, o la venta que, arbitrariamente, hayan efectuado el uno o el otro, a favor de terceras personas. Si se tiene en cuenta lo que parece muy claro en nuestro derecho (que el vendedor sigue siendo dueño y que el comprador no puede disponer de la cosa por ser mero precarista), las consecuencias resultan obvias mediante la aplicación de los principios generales.

Así, supuesto que el vendedor incurra en insolvencia o quiebra, sus acreedores pueden exigir la entrega de la cosa que haya vendido con reserva de dominio, para que integre la masa de los bienes que responderán por sus obligaciones. Viceversa, si es el comprador quien ha caído en insolvencia, sus acreedores no pueden ejecutar sus créditos sobre la cosa que está en

tenencia del comprador, pero que sigue siendo de propiedad del vendedor. Si el comprador hubiere enajenado la cosa, habría dispuesto de cosa ajena, con pleno conocimiento de no poder realizar dicha transmisión de un dominio que no le pertenece, y por tanto, si la cosa está en poder de un tercero que así la adquirió, nada impide para que el vendedor pueda reivindicar lo que realmente nunca salió de su propiedad.

48.8. Nuestro Código Civil se refiere a la venta con reserva de dominio por lo menos en tres artículos: el 696, 203, 1746 y el 1814. Conviene tener en cuenta su contenido.

El primero de los indicados se sitúa en el Título sobre la Tradición (Título VI del Libro II), y dice: "La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición".

Esta norma se refiere, pues, directamente a la **tradición,** admite que sea condicional; por lo tanto, los efectos de este modo de transferir el dominio y otros derechos reales, puede quedar en suspenso hasta que se cumpla una condición o, bien una vez efectuada la tradición, puede quedar sin efecto por la resolución producido por el cumplimiento o incumplimiento de una condición (condición positiva o negativa). Esto se aplica a cualquier título que sirva de antecedente para emplear el "modo-tradición" para transferir la propiedad, pero el artículo 696, refiere la norma de manera directa a la compraventa, que indudablemente es el título más frecuentemente empleado. En el caso de la compraventa, la normal es que, al haberse perfeccionado el contrato por el consentimiento de las partes, se produzca la transferencia del dominio en el instante mismo en que se verifique la tradición, la excepción consiste en la "reserva de dominio", es decir, en la condición. Lo de "otra condición", prácticamente no se usa y se reducen todas las situaciones a la condición de no transferirse la propiedad hasta que se pague el precio o se cumpla otra condición suspensiva hasta el cumplimiento pleno de la obligación de pagar el precio. La condición debe ser expresa, como señala el artículo 696.

Esta disposición del Código deja claramente de relieve que una cosa es la entrega material de la cosa y otra, la tradición, aunque muchas veces la tradición se efectúe precisamente mediante la entrega material o coincidiendo con ella. En el supuesto de la compraventa de inmuebles, dicha diferencia, desde luego, se presenta radical, puesto que la entrega material se verifica poniendo el bien raíz a disposición del comprador, mientras que la tradición solamente se puede verificar por la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad. También el artículo 696 permite hacer esta distinción entre entrega material y tradición, ya que admite la plena vigencia y efecto del contrato de compraventa, aunque no se haya pagado el precio, pero el efecto de transmitir el dominio puede suspenderse por la condición de reserva de dominio: la cosa puede entregarse al comprador, pero esa entrega no constituye tradición si expresamente se ha pactado la reserva de dominio.

48.9. Ya en el Título específico de la compraventa, el artículo 1746 declara: "La venta puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria". La condición no se limita a la suspensiva, sin que se admita también la resolutoria, ya que el legislador no hace distinción. La condición puede referirse a ambas partes o a una de ellas, es decir a la entrega de la cosa o al precio. Se trata, pues de una amplia regla de derecho, que respeta la libertad contractual.

El artículo 1814 aplica las dos anteriores normas y dice así: "La cláusula de no transferir el dominio sino en virtud de la paga del precio, no surtirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio".

El artículo precedente, menciona las **dos acciones** que tiene el vendedor, para exigir el cumplimiento del contrato, es decir, el pago del precio, o para pedir la resolución del contrato. Estas dos acciones alternativas permanecen en el caso de la venta con reserva de dominio: el vendedor, en caso de mora del comprador, puede demandarle el pago, o la devolución de la cosa que le entregó, sin tradición, sin transferirle el dominio al comprador.

48.10. El artículo 1814 pone a salvo los **derechos adquiridos por terceros** que hubieren adquirido del comprador, si el comprador paga el precio. Es decir, que permite la convalidación de actos que pueden haber sido nulos, y en esto demuestra la ley la voluntad de dar solidez al contrato de compraventa, de crear seguridad en los negocios. El comprador no podía constituir derechos a favor de terceros, no siendo propietario sino mero tenedor, pero si lo ha hecho, el pago del precio al vendedor original, convalida esos actos y se deberán respetar los derechos de los terceros.

¿Hasta cuándo podrá verificarse ese pago, para que surta este efecto de convalidación? No lo dice expresamente la ley, pero, como el artículo 1814 se remite al anterior para aseverar la vigencia de las dos acciones alternativas que competen al vendedor, debe deducirse que el pago se podrá verificar hasta que la causa se abra a prueba, tal como se prevé en el artículo 1813 para los casos normales de compraventa y que también debe aplicarse a la compraventa con reserva de dominio. No habiendo norma específica, lo lógico parece aplicar la regla general y no pensar que en cualquier tiempo pueda verificarse tal pago. Además de la razón de interpretación por analogía, piénsese que se trata de un efecto muy especial, puesto que realmente el comprador no podía disponer legítimamente de la cosa, y si se respetan los derechos de terceros cuando resulta muy difícil que desconozcan que el comprador no puede disponer de la cosa, este efecto extraordinario debe entenderse restrictivamente: sólo hasta el momento en que se abre la causa a prueba.

48.11. Para mayor seguridad resulta recomendable que se incluya en el contrato la expresa **prohibición al comprador de enajenar o gravar** la cosa vendida. De este modo, la posibilidad de venta de cosa ajena queda descartada y se evita el riesgo de perjuicios a terceros.

En materia comercial, por la ley especial de venta con reserva de dominio, la prohibición de vender o gravar la cosa es absoluta, pero esa norma no rige para los contratos meramente civiles, salvo que por expresa cláusula se establezca así.

48.12. Otro pacto accesorio que frecuentemente se usa consiste en declarar que si el comprador deja de pagar uno de los dividendos del precio, se entenderá que ha incurrido en **mora de pagar todo el saldo deudor** y

podrá de inmediato el vendedor recuperar la cosa. Se ha discutido si esta cláusula es legal, pero no encuentro inconveniente jurídico, aunque en ciertos casos podría prestarse a abusos del derecho (exigir la resolución cuando falta de pagar una mínima cantidad); pero el posible abuso no justifica negar un derecho.

8.13. Conviene tener presente que en el Ecuador, si bien el Código Civil, desde su origen, permite la venta con reserva de dominio, no así el **Código de Comercio**, que no contenía una norma que expresamente autorizara la compraventa con reserva de dominio, al menos en la forma propia de los contratos civiles. Más bien, el artículo 172 del Código de Comercio admite la condición suspensiva, pero a favor del comprador que compra con la cláusula de gustar o probar la cosa y eventualmente devolverla si no es de su agrado; esta condición suspensiva de la eficacia del contrato de compra es a favor del comprador, mientras que la reserva de dominio se establece a favor del vendedor y para asegurarle el cobro del precio. Aplicando las normas generales de libertad contractual, podía pactarse algo similar a la reserva de dominio propia del Código Civil, hasta que, mediante el Decreto Supremo 548-Ch, publicado en el Registro Oficial 68 del 30 de septiembre de 1963, se introdujo en el Código de Comercio una amplia Sección 4a. en el Título II del Libro II en la que, con bastante minuciosidad se regula la venta con reserva de dominio para los comerciantes o actos de comercio[6].

48.14. Ciertamente que la mayor parte de los contratos de venta con reserva de dominio serán de **naturaleza mercantil** y se someterán a la ley especial de la materia, pero si se trata de contratos civiles, habrá que aplicar por analogía las reglas comerciales. Así, el artículo 8 de la ley prohíbe bajo pena de nulidad, los contratos de venta, permuta, arrendamiento o prenda sobre la cosa comprada con reserva de dominio, lo cual deberá aplicarse también en los contratos civiles. En cambio, hay disposiciones más específicas de los contratos mercantiles, que no cabría aplicar en los civiles, como la del artículo 10 de la ley, que permite al vendedor retener el pago recibido, en caso de resolución, como indemnización de perjuicios, pero

[6] Un buen comentario de esta Ley, señalando sus aciertos y sus numerosos defectos, se encuentra en el Libro del Doctor Miguel Vernaza Quevedo: "El Contrato de Compraventa con reserva de dominio en el Derecho Ecuatoriano", Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986. 320 pp.

sólo hasta la tercera parte del precio total. No hay en el Código Civil una regla o un principio que permita justificar esa limitación de los perjuicios hasta la tercera parte del precio, y no parece que este criterio (muy discutible), deba trasladarse de una ley a otra.

48.15. En una sentencia de la Corte Suprema se dispone que si no se pactó que los dividendos del precio que estuvieren pagados queden a favor del vendedor en compensación de los posibles perjuicios, no puede ordenar el juez que se proceda así, ya que habría para el vendedor un **enriquecimiento sin causa**; debe devolver cuanto recibió y recuperar la cosa venida.

48.16. La ley especial de compraventa con reserva de dominio se aplica solamente a las **cosas muebles y por excepción, a las naves**, aunque esto último resulta dudoso. Por esto, para las ventas de barcos o de aviones, se suele recurrir más bien al arrendamiento mercantil con opción de compra, que surte efectos parecidos a los de la compraventa con reserva de dominio: el vendedor sigue siendo propietario y el comprador va pagando por dividendos el precio, hasta que lo cubre totalmente y entonces se le transfiere el dominio. La jurisprudencia de nuestros tribunales se centra casi exclusivamente en casos de ventas mercantiles, pero de todas formas puede ilustrar, por analogía, para los casos civiles.

48.17. Un importante problema plantea el Dr. Vernaza: ¿Hay obligación de **saneamiento** por evicción, en el supuesto de la compraventa con reserva de dominio? La respuesta parece clara: una vez pagado el precio, indudablemente el comprador goza de la garantía contra la evicción; pero ante de ese pago, no es dueño, ni siquiera poseedor, de suerte que no podría reclamar por despojo judicial de una propiedad o posesión que no le corresponden. La equidad, sin embargo, exige que el vendedor garantice de algún modo al comprador la tenencia de la cosa, ya que sin ella carecería de causa el contrato. Tampoco sería justo que el mismo vendedor prive al comprador de la tenencia de la cosa, sea por vías de hecho, sea vendiéndola, arrendándola o dándola a otra persona con desmedro del comprador.

CAPÍTULO X
LA RETROVENTA Y OTROS PACTOS ACCESORIOS

49. La retroventa

49.1. El principio de la **libertad contractual** permite modificar los esquemas normales de los contratos, introduciendo cláusulas accesorias; esto se reconoce expresamente en el artículo 1827 del Código Civil. Pero, algunas de estas modificaciones surgidas de la iniciativa particular, han llegado a generalizarse y el derecho las toma en consideración como subespecies de los contratos clásicos; tal como sucede con el pacto de retroventa. No hay ninguna referencia en el Código de Comercio, pero bien podría encuadrarse un contrato mercantil en las normas civiles, que tienen carácter supletorio.

49.2. **Define** el artículo 1821: "Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, entregando al comprador la cantidad **determinada** que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra".

Mientras que en la venta con reserva de dominio se prevé la posibilidad de que la **tenencia** de la cosa vendida regrese a manos del vendedor, en el pacto de retroventa es el **dominio** mismo de la cosa el que vuelve a su original titular.

49.3. La venta con reserva de dominio tiene una finalidad de **garantía a favor del vendedor**, para asegurarle el cobro del precio: en la retroventa, el contrato está consumado y cumplido, ha producido por la tradición la transmisión del dominio, y esta propiedad del comprador (que en principio sería permanente e incondicional) queda sujeta a **caducidad:** la pierde el comprador si el vendedor usa de la facultad que se le confirió en el con-

trato de compraventa y devuelve al comprador una cantidad determinada de dinero, para recuperar la cosa.

Este extraño mecanismo jurídico que **contradice la perpetuidad normal del dominio,** se explica por una función económica muy distinta de la también normal de la compraventa: la retroventa **se dirige a garantizar al que actúa como comprador** la devolución de un dinero que ha entregado, a título de precio de la cosa, al vendedor. Éste ha recibido un capital en préstamo y como garantía de que devolverá el dinero, enajena una cosa a favor del comprador quien le presta el capital. Se produce una relación semejante a la del contrato de prenda, pero más radical y enérgica en la protección del acreedor-comprador, puesto que éste adquiere una cosa y la tiene en su dominio, posesión y tenencia, mientras que en la prenda solamente hay una tenencia por parte del acreedor, y la cosa servirá de garantía que se hace eficaz por la venta en subasta.

49.4. Hay que tener en cuenta esta **función económica del pacto de retroventa** para comprender mejor su naturaleza jurídica y su funcionamiento. En efecto, el vendedor, que se ha despojado de algo que le pertenecía y ha recibido un dinero como precio de compraventa, **conserva la facultad de recuperar la cosa** que vendió, pagando una cantidad preestablecida en el mismo contrato, o, falta de esta estipulación, devolviendo el precio recibido y cubriendo otros gastos que hubiere hecho el comprador. El deudor (vendedor) puede, por consiguiente, pagar y recuperar la cosa.

A su vez, el **comprador es realmente un prestamista**, un acreedor que ha entregado dinero y para asegurar su crédito, tiene ya en su poder una cosa que cubre el monto de lo que dio al vendedor: está ya pagado con la cosa, y, en la eventualidad de que el vendedor- deudor quiera pagar en dinero, recibirá la suma previamente convenida, o, a falta de expresa determinación, recibirá el precio que "pagó" (o más bien, "prestó") al vendedor, más el monto de otros gastos que pueda haberle originado la compraventa.

49.5. Entendidas así las relaciones entre vendedor y comprador, se resuelve el problema de la **naturaleza jurídica** del pacto de retroventa, que ha sido y es objeto de múltiples doctrinas contradictorias.

Borda señala varias interpretaciones de la naturaleza jurídica de la retroventa: a) En Roma era un compromiso adquirido por el comprador de volver a vender la cosa al vendedor, idea que hoy se rechaza, porque la retroventa funciona automáticamente, sin que dependa de la voluntad del comprador; el vendedor no recupera la cosa por causa de un nuevo acuerdo de voluntades, sino por disposición del contrato originario; b) Algunos autores sostienen que es una oferta de retroventa hecha por el comprador al vendedor, y que éste acepta mediante la declaración de retracto; c) Para Gorla, el derecho de rescate es un poder jurídico de poner fin a la propiedad ajena; d) Para Ennecerus, es una venta con condición suspensiva; e) La opinión predominante, considera como un **venta con condición resolutoria**.

Indudablemente, la figura jurídica a la que más se aproxima la retroventa, es la **resolución**. Pero la resolución del contrato de compraventa, en este caso no depende de un hecho futuro e incierto, sino de la voluntad del vendedor: la ley le confiere "la facultad de recobrar la cosa vendida", y este derecho **discrecional** no depende de una condición propiamente dicha. Por consiguiente, ninguna de las cinco interpretaciones, resulta satisfactoria para nuestro sistema jurídico.

Por su parte Planiol señala que el pacto *a rémere* se concibe por unos como una nueva venta, por otros, como un retracto convencional. En efecto, el vendedor ejerce el pacto *rémere* y recobra la cosa como si nunca hubiese perdido la propiedad de ella; el comprador se reputa no haber sido nunca propietario de ella y los terceros sólo habrán adquirido sobre la cosa un derecho válido si son causahabientes del vendedor; el Fisco no percibirá derechos sobre la operación por la cual vuelve la cosa a poder del vendedor. Esta concepción del pacto de retroventa parece más próxima a las disposiciones de nuestro Código, en cuanto que, para nosotros, si el vendedor usa de la facultad que le confiere el pacto, se produce un efecto muy semejante a la resolución común.

Rezzonico anota que si se califica a la compraventa con pacto de retroventa como un contrato con **promesa** de una nueva compraventa, subsistirían todos los derechos reales constituidos a favor de terceros en el intervalo; el comprador no estaría obligado a restituir las accesiones naturales ni a pagar los deterioros; ni el vendedor estaría obligado a pagar las expensas

necesarias invertidas en la cosa: todos los cambios afectan al dueño. Pero precisamente sucede todo lo contrario, y esto es propio de un contrato bajo condición resolutoria.

49.6. Para que el pacto de retroventa tenga eficacia plena, se requiere o bien que se **prohíba en absoluto al comprador que pueda enajenar o gravar** la cosa; o bien, que si se produce esta enajenación o gravamen, sea con la precisa condición de que los adquirentes o beneficiarios del gravamen, respeten el derecho del primer vendedor, quien quede facultado para recuperar la cosa en el estado jurídico que tenía cuando él la vendió con pacto de retroventa.

Efectivamente, nuestro derecho trata de configurar así el derecho del vendedor, como una **facultad de recuperar la cosa en su estado primitivo.** Por esto, el artículo 1822 declara que los efectos contra terceros se sujetan a lo dispuesto en los artículos 1506 y 1507, es decir, se reconocen esos derechos solamente a quienes de buena fe los hayan adquirido, y no se admite que hayan adquirido tales derechos, si constaba en escritura pública, el pacto por el cual el vendedor podría recuperar la cosa. Se aplica, pues, la misma norma que se prevé para el pacto comisorio: la resolución no respeta los derechos adquiridos por los terceros, salvo que los hayan adquirido de buena fe. Si consta en escritura pública inscrita el pacto de retroventa y con posterioridad el comprador enajena la cosa, o la grava con una servidumbre o hipoteca, tales derechos de propiedad, servidumbre o hipoteca no serán respetados en el caso de readquisición de la cosa por parte del primer vendedor. Quien pretenda hacer valer esos derechos, deberá demostrar que obró de buena fe, con ignorancia justificable de la existencia del pacto, lo cual no se admite en el caso de constar en escritura pública.

49.7. En algunos **derechos extranjeros** el pacto se puede transferir a favor de otra persona: el vendedor puede cederlo. A diferencia de esto, nuestro Código prohíbe la cesión: "El derecho que nace del pacto de retroventa no puede cederse", dice el artículo 1824, y sí lo ha confirmado la jurisprudencia nacional.

49.8. Una consecuencia del **efecto retroactivo** del pacto de retroventa, consiste en que la cosa regresa al **patrimonio concreto del que salió**, por

consiguiente, si vendió una mujer un bien personal y después de haber contraído matrimonio, usa la facultad de recuperar la propiedad vendida, la cosa no ingresa al patrimonio de la sociedad conyugal sino al patrimonio personal de la mujer casada.

49.9. Nuestro derecho no circunscribe el pacto a una determinada clase de bienes, de modo que todos ellos pueden ser objetos de esta cláusula, **tanto muebles como inmuebles**, mientras que en otros sistemas jurídicos, por ejemplo el argentino, no se admite sino para los inmuebles. Pero ciertamente será más difícil la aplicación en el caso de los muebles, ya que éstos pueden fácilmente ser enajenados por el comprador a favor de adquirentes de buena fe, a los que se les oculta la existencia del pacto, y en tal caso, el vendedor original no podrá recuperar lo que legítimamente han adquirido terceras personas.

49.10. No resuelve nuestro Código el problema sobre si la facultad del vendedor se ha de hacer efectiva mediante una **simple manifestación de su voluntad, o reclamando la devolución y depositando el dinero** que debe pagar u ofreciendo dicha devolución. Estas diversas fórmulas podrían ser precisadas en el contrato, según mejor les parezca a las partes, pero si no han estipulado nada, entiendo que habría que admitir cualquiera de esas maneras, ya que la ley no exige precisamente una de ellas: podría el vendedor notificar su deseo de resolver el contrato y, siempre que pague, garantice el pago o deposite el dinero en un juzgado, la compraventa quedará resuelta y el comprador tendrá que devolver la cosa.

49.11. Esta **situación provisional**, de posible resolución, **no debe durar indefinidamente**, y por esto las partes señalan un plazo dentro del cual se ejerza el derecho, con el límite que establece el artículo 1825: "El tiempo para intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años desde la fecha del contrato". Pasados dichos cuatro años, habrá caducado la acción, y por consiguiente aunque las partes hubieren establecido un plazo más largo para que el vendedor pueda reclamar, no podría hacerlo legalmente.

49.12. El inciso segundo del artículo 1825 dice: "Pero en todo caso tendrá derecho el comprador para que se le dé **noticia anticipada,** que no bajará de seis meses para los bienes raíces, ni de quince días para las cosas mue-

bles. Y si la cosa fuere fructífera, y no diere fruto sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos". El caso más típico es el de una hacienda agrícola, cuyos campos requieren de varios trabajos para producir cosechas, y la equidad y con ella la ley exigen que se beneficie de esas labores el comprador; de allí la regla general de anticipar con seis meses el anuncio de la petición de resolución, y más específicamente, la necesidad de esperar hasta la percepción de los frutos pendientes.

49.13. La **devolución** de la cosa debe hacerse **en el estado en que fue objeto del contrato**, y si ese estado se ha alterado por causa del comprador, éste debe compensar al vendedor si se trata de desperfectos o daños, mientras que si ha mejorado la cosa a su costa, tendrá derecho a indemnización equivalente. Se aplican, pues, las mismas normas que en el caso del pacto comisorio. El artículo 1823 se refiere también a las accesiones naturales, que se reconocen a favor del vendedor. Estas disposiciones sobre el estado de la cosa, configuran la venta con pacto de retroventa como una situación provisional, sujeta a resolución, pero, como ya he manifestado, una resolución que no depende de condición sino del ejercicio facultativo de un derecho del vendedor. Este derecho puede a su vez modificarse por especiales cláusulas que agraven o disminuyan la responsabilidad del comprador por el mantenimiento de la cosa en su estado primitivo.

49.14. Desde luego, **si la cosa ha perecido**, por cualquier causa que fuere, no cabe exigir la devolución. Pero si ha sido por culpa o dolo del comprador que se ha destruido o perdido la cosa, tendría que indemnizar al vendedor si éste prueba que le causa perjuicios la falta de devolución. No basta para exigir esta indemnización el hecho de ser imposible la resolución, ya que mediante ella tanto el comprador como el vendedor regresan a la situación en que antes del contrato se hallaban y se supone que la compraventa equilibra los derechos de uno y otro: el precio por la cosa.

49.15. Como se puede estipular que el vendedor deba pagar al comprador una **suma igual, mayor o menor**, al precio que recibió, es esta cláusula la que se presta para abusos de carácter usurario, estableciendo que el vendedor deba pagar cantidades muy superiores a la recibida como precio. Le queda al vendedor el recurso de no pedir la devolución de la cosa y que-

darse simplemente con el precio recibido. Algunos autores consideran que sería conveniente que las leyes no permitieran pactar una devolución mayor o considerablemente mayor al precio, para eliminar la posibilidad de negocios usurarios.

Para evitar esa clase de abusos, se dictó el 6 de mayo de 1936 un Decreto Supremo que prohibía a las casas de empeño o contadurías y en general las de préstamos de dinero, hacer otros contratos que los simplemente prendarios, de suerte que, en caso de mora del deudor prendario se procediera a rematar al martillo las cosas empeñadas. Este Decreto, sin embargo, no ha sido recogido en las posteriores codificaciones de la ley civil, y debe entenderse derogado.

49.16. Como hemos dicho, el pacto confiere "al vendedor" el derecho de pedir la devolución de la cosa vendida; pero aplicando las normas generales del derecho, ese derecho se extiende quienes le **suceden por herencia**, no a posibles cesionarios, porque lo prohíbe el artículo 1824. Se plantea, si podrán pedir la resolución del contrato los acreedores del vendedor o del comprador quebrado; también aquí hay que remitirse a las normas generales, ya que no existe regla específica, y concluiremos que si el pacto se ha hecho colusoriamente, en perjuicio de dichos acreedores, éstos pueden solicitar que vuelvan las cosas a su primitivo estado.

50. Pacto de reventa

50.1. Muy parecido al anterior en su estructura, pero totalmente contrario a la retroventa, es el pacto de reventa, o *pactum de retroemendo,* por el cual la facultad de resolver el contrato anterior **se confiere no al vendedor, sino al comprador.**

50.2. Este pacto es de **rara aplicación** y no ha sido tomado en cuenta de modo directo por nuestra ley. Es lícito, conforme a la norma amplia contenida en el artículo 1827, y siempre que no se perjudique a nadie.

50.3. Naturalmente, el comprador que pretenda la resolución del contrato, fundado en la cláusula que le permite pedir la devolución del precio que pagó u otra cantidad convenida, tendrá que **restituir la cosa en el estado en que la recibió**, libre de nuevos gravámenes, daños o deterioros; de

otro modo sería inicuo imponer la resolución. Y, obviamente, es del todo imposible, cuando la cosa ha perecido.

50.4. Las **prestaciones recíprocas**, se regulan de la misma manera que en la compraventa con pacto de retroventa, considerando el dolo o culpa de las partes, y los acrecimientos naturales.

50.5. Nada impide que los pactos de retroventa y de reventa se **acumulen** en el mismo contrato: que se confiera ambas partes del derecho de exigir a la otra la devolución de lo dado, entregando lo recibido. Más bien podríamos decir, que la simultaneidad de ambos pactos resulta más equitativa que el establecer solamente uno de ellos, y evitará los posibles abusos de carácter usurario.

50.6. A veces se llaman a estos pactos "cláusula de arrepentimiento", porque confieren a una u otra parte, o a ambas, el derecho de pedir la resolución. Dada la incertidumbre que crean tales pactos y el posible perjuicio que pueden ocasionar a terceros, se suele limitar su plazo de vigencia que, en el derecho ecuatoriano, no puede exceder de cuatro años.

51. Derecho de preferencia o tanteo

51.1. El artículo 1826 dice: "Si se pacta que presentándose dentro de cierto tiempo (que no podrá pasar de un año) persona que **mejore la compra,** se resuelva el contrato, se cumplirá lo pactado: a menos que el comprador o la persona a quien éste hubiere enajenado la cosa, se allane a mejorar en los mismos términos la compra. La disposición del artículo 1822 se aplica al presente contrato. Resuelto el contrato, tendrán lugar las prestaciones mutuas, como en el caso del pacto de retroventa".

Nos hallamos, pues, ante un pacto accesorio, similar al de retroventa, al cual se remite para los efectos entre las partes y frente a terceros.

51.2. Este pacto se establece en **beneficio del vendedor**, ya que a él corresponde el considerar que la nueva oferta de compra "mejora" la anteriormente hecha. Esta mejor condición puede consistir en un mayor precio, o, si se han dado plazos, en pago al contado o en menor tiempo, o en otras cláusulas secundarias. En cualquier caso, corresponde al vendedor

manifestar que tiene mejores propuestas, y si el primer comprador no las iguala, le queda al vendedor la facultad de pedir la resolución del contrato.

51.3. Como este pacto ocasión una situación de incertidumbre, provisional, **la ley limita su vigencia a un año.**

51.4. El comprador puede dar estabilidad a su derecho, **igualando la nueva oferta** hecha al vendedor y, en igualdad de circunstancias, tiene derecho de preferencia y conservará la cosa comprada.

51.5. Como dice claramente el Código, los efectos entre las partes y frente a terceros, así como las prestaciones mutuas, son iguales a lo previsto para la retroventa.

51.6. Algunos códigos, como el de México establecen que si el comprador vende la cosa, sin respetar la preferencia, la venta es válida, pero debe resarcir daños y perjuicios.

Cuando se procede a la nueva venta a favor del vendedor que goza de preferencia, en principio el precio ha de ser el mismo de la primera venta, salvo que se haya establecido otra cosa entre las partes, y, desde luego, hay que tomar en cuenta las mejoras que haya introducido el comprador. Según De Diego, se le deben también intereses por el dinero invertido en tales mejoras; pero hemos de observar que si la cosa fructífera, deben compensarse los intereses con los frutos.

Degni señala que en el Código Italiano se reconoce al comprador el derecho de retención mientras el vendedor que readquiere la cosa no le pague el aumento de valor de la cosa.

51.7. En el mismo plano de compraventas modificadas por pactos accesorios que crean una situación inestable, se encuentra lo previsto en el artículo 186 del **Código de Comercio**: "Si la venta se hubiere contratado por el precio que otro ofreciere, el comprador, en el acto de ser requerido por el vendedor, podrá, o llevarla a efecto, o desistir de la compra; pero si pasaren tres días desde el contrato sin que el vendedor haga el requerimiento, el contrato quedará sin efecto, a menos que el comprador hubiere recibido los efectos vendidos; pues en tal caso deberá pagar el precio que tuvieren

al día en que los recibió". No corresponde comentar aquí este típico contrato mercantil, pero sí conviene señalar que se ha configurado a favor del comprador, a diferencia del civil de preferencia que es a favor del vendedor; el plazo para consolidar el contrato o dejarlo sin efecto es brevísimo: tres días; y la determinación del precio, a falta de acuerdo entre las partes, es típicamente comercial: el precio del día en la plaza correspondiente.

51.8. Este pacto de "mejor comprador" se configura claramente como una **condición suspensiva** y, podría cederse (a diferencia del derecho de preferencia, que es intransmisible); solamente se puede aplicar a inmuebles y según el derecho argentino, no puede durar más de tres meses. También el Código Español, contiene regulación expresa de este pacto, en su artículo 1369.

51.9. Se plantea la cuestión de si el derecho de preferencia se podrá hacer valer en las ventas en **remate**. Rezzonico explica que el comprador asume la obligación de hacer notificar sobre el remate al que le vendió la cosa, para que pueda intervenir, como cualquier otro postor; si no se le hubiere notificado, tendría que ser indemnizado por el perjuicio que sufra. Se limita notablemente la eficacia del pacto, por la necesidad de respetar las reglas procesales, de orden público, del remate.

51.10. Los pactos de retroventa y de retracto o preferencia, permiten al vendedor recuperar la cosa que vendió. Se aproxima a esta figura jurídica el **"retracto legal"**, por el que un tercero puede adquirir la cosa que fue objeto de una compraventa, sin haber sido nunca de este tercero: tal disposición figuraba en nuestras leyes de Reforma Agraria, con miras a la integración de unidades agrícolas productivas y para impedir la excesiva parcelación de los bienes raíces rurales. El vecino al que no se le dio la oportunidad de adquirir, podía exigir la expropiación de la cosa vendida a un extraño al lugar, para aumentar la superficie de su finca, dentro de ciertas medidas consideradas como ventajosas para la buena productividad. No subsiste esta disposición en nuestro actual derecho, pero se conserva en otros países, como España.

52. Prohibiciones de enajenar

52.1. En varias de las Constituciones Políticas que han regido en la República se contenía expresamente la disposición prohibitiva de constituir bienes **perpetuamente inalienables**. Nada dice al respecto la actual Ley Suprema, pero debe entenderse que el principio, que se considera como de derecho consuetudinario constitucional, permanece, ya que el espíritu y la letra de la Carta garantizan la libertad de contratación y el respeto a la propiedad privada. Por consiguiente, hay que excluir la posibilidad de que, mediante una cláusula contractual se prohíba al comprador la enajenación del objeto del contrato, de manera absoluta.

52.2. Resulta admisible una prohibición respecto de **determinada persona y por tiempo limitado**: esto se justifica por conveniencias del comercio, tales como asegurar una clientela o evitar una competencia inconveniente, y parecen ser medidas compatibles con el respeto a la libertad y justo ejercicio de la libertad de contratación.

El Código Civil argentino admite esta doctrina generalizada: prohíbe la cláusula de no enajenar a ninguna persona, pero permite que se imponga esa limitación respecto de una determinada persona (Art. 1364).

Me adhiero a la opinión de Rezzonico en el sentido de que la prohibición general no anularía el contrato, sino que constituiría una cláusula nula. Y dada la validez de la prohibición concreta, si se efectuara la venta contrariando tal disposición, para determinar los efectos habría que distinguir en qué grado se estableció la prohibición de enajenar: si se la concibió como una condición resolutoria, produciría ese efecto y permitiría reivindicar la cosa injustamente alienada; si se previó sólo una pena para el caso de incumplimiento de la cláusula prohibida, daría lugar al cobro de la penalidad; si no se pactó ni resolución ni pena, solamente daría origen a indemnización de daños y perjuicios que realmente se causaren al vendedor. En este sentido se pronuncia también Treviño.

52.3. En la misma línea de establecer **prohibiciones que restringen la libertad**, se encuentra la cláusula, de carácter comercial, por la cual se compromete el vendedor a no establecer un negocio similar al que vende. También esta prohibición no puede aceptarse de manera absoluta, pero sí

en cuanto se reduzca a un determinado ámbito geográfico reducido (el mismo barrio, o pueblo), y por un tiempo limitado; de otra forma sería una inaceptable reducción de la libertad personal de trabajo, que se halla garantizada por la Constitución.

52.4. También guarda cierta analogía con las anteriores, la disposición contractual por la que el comprador se **obliga a no revender** la cosa por un precio fuera de ciertos límites. También esta cláusula es admisible, con la debida moderación, como un instrumento para evitar la competencia desleal.

52.5. En el plano comercial, otro pacto común es el de **"venta en exclusiva"**, por la cual un productor o proveedor, asegura durante un tiempo y con límite geográfico, que solamente venderá cierto producto a otra persona natural o jurídica, que adquiera así "la exclusiva". Este pacto es más bien una promesa de venta o promesa de sucesivas ventas. Si bien otros la consideran como un contrato innominado, ya que no solamente hay la obligación de vender a cierta persona, sino la prohibición de hacerlo a otras.

52.6. En los negocios de inmuebles se suelen establecer ciertas **condiciones sobre edificar o no edificar** en tal o cual área, o que las edificaciones reúnan ciertos requisitos de calidad, altura, etc., dentro de las más amplias regulaciones edilicias. Estas cláusulas son lícitas y obligan a quienes las contraen, bajo pena de indemnizar perjuicios; eventualmente pueden contener cláusulas penales sea para reemplazar la difícil tasación de los perjuicios.

52.7. En cuanto a otras limitaciones del dominio de la cosa que se vende, de carácter real, se ha tratado en otros lugares de esta obra, al hablar de la propiedad horizontal, o de las cargas reales que impone el Poder público, por exigencias del bien común, tales como las que regulan precios de medicinas, alimentos u otros objetos de primera necesidad, las que limitan la compraventa de bienes raíces en zonas estratégicas, o las que tienden a proteger el ambiente o resolver problemas sociales mediante la reforma agraria, etc. Estas no se consideran propiamente cláusulas contractuales o pactos accesorios, sino que precisamente constituyen actos soberanos del Estado.

53. Compra para terceros

53.1. La finalidad natural del contrato de compraventa, es la de transferir la propiedad de una cosa al comprador, quien puede actuar directamente o por medio de un representante legal o voluntario; también el vendedor puede estar representado y actuar así por un mandatario; en todo caso, la una parte pretende recibir un precio y la otra, una cosa.

Pero, además de la posible intervención de un representante, se dan ciertas figuras de compraventa en las que una o ambas partes que intervienen, lo hacen con la intención de que el contrato **produzca efectos a favor de una tercera persona.** El caso más frecuente es el de quien "compra para otro". No actúa como representante de esa otra persona, sino que tiene la intención de beneficiar con la propiedad de la cosa al tercero, a quien a su vez donará o venderá la cosa. Tal intención del comprador no es tampoco un mero hecho subjetivo, un deseo o propósito que solamente él conoce, sino que se manifiesta externamente, de manera que se confiere un derecho a esa tercera persona, el derecho de aceptar o repudiar el contrato.

53.2. Evidentemente, mientras el tercero a favor de quien se ha adquirido, **no acepta la compra,** el que intervino directamente como comprador podrá hacer suyo el negocio y confirmar la validez del contrato quedándose con lo comprado; una vez aceptada la compra por el tercero, el comprador deberá cumplir la obligación que adquirió a favor de él.

53.3. En materia **comercial**, la "compra en comisión" es una compra a favor de tercero, en virtud de cierto mandato o encargo, pero conservando en secreto el nombre del beneficiario. Borda, siguiendo a Collin y Capitant y otros, opina que se trata de una venta afectada de una alternativa, en cuanto a la persona del comprador, y en la que uno de los compradores está determinado y el otro oculto. La transferencia al tercero debe hacerse en las mismas condiciones del primer contrato, pues de otro modo, ya no sería "compra en comisión", sino simple reventa, o nueva venta del mismo objeto.

54. Pactos de entregas parciales

54.1. La libertad contractual da origen a una variedad de contratos en los que la entrega de la cosa o la del precio, se desdobla o multiplica en varios actos sucesivos. Esto implica una **concesión de plazo** o plazos para cumplir tales obligaciones y ocasiona los conocidos problemas del incumplimiento parcial: después de haberse entregado una parte de la cosa, se deja de entregar el resto, o después de haberse pagado una parte del precio, incurre el comprador en mora de otros dividendos.

54.2. Nuestro **Código de Comercio** establece en el artículo 200: "El comprador que contratare en conjunto una determinada cantidad de mercaderías, no está obligado a recibir una porción de ellas bajo promesa de que se le entregará posteriormente las restantes. Pero si el comprador aceptare las entregas parciales, la venta se tendrá por consumada en cuanto a las porciones recibidas, aun cuando el vendedor no le entregue las restantes. En este caso, el comprador podrá compeler al vendedor a que cumpla integralmente el contrato, o a que le indemnice los perjuicios que le cause el cumplimiento imperfecto".

En el plano **civil**, igualmente se podría establecer esta regulación, sea en el contrato inicial, o bien por transacción entre las partes, cuando el contrato ya está en ejecución y surgen las indicadas dificultades; nada se opone a tales pactos.

54.3. Una especie de venta bastante usual es la que obliga a prestaciones sucesivas o **entregas periódicas.** Incluso los grandes servicios de electricidad, agua potable, etc., se inscriben en esta forma contractual, y los usuarios o compradores de la energía, del agua, etc., se obligan a pagar periódicamente, en proporción a lo recibido o en cuotas fijas e iguales. Se califican a veces como contratos de **suministro**, pero sustancialmente son ventas escalonadas o con períodos de realización.

54.4. La más típica forma contractual que ha alcanzado gran difusión en los últimos años, es la **"venta-locación"**, o arrendamiento con promesa de venta (leasing). Algunos consideran que se trata más bien de una compraventa con reserva de dominio, disimulada tras la apariencia de arrendamiento: el comprador ocupa la casa y paga mensualmente una cuota que

sobrepasa el normal canon de arrendamiento con relación al valor del inmueble, de suerte que se considera que va depositando en manos del dueño el precio de la futura venta; cuando se ha cubierto este precio o se está cerca de alcanzarlo, se procede propiamente a la enajenación. Este contrato se utiliza también para las ventas de vehículos, maquinarias, equipos industriales, etc. La figura resulta ambigua y realmente dependerá de la voluntad de las partes el acercarla a la compraventa con reserva de dominio o a la locación con promesa de venta; así, si al final de los plazos hay que pagar una suma notablemente superior las pensiones periódicas, se debe concluir que el contrato fue de promesa de venta. Tratándose de inmuebles, naturalmente, debe constar en escritura pública, pero si es de muebles, puede realizarse por documento privado.

CAPÍTULO XI
LA PERMUTA

55. Definición

55.1. "La permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro", dice nuestro artículo 1837.

Las definiciones de muchos autores coinciden en lo fundamental, aclarando normalmente que se trata de un contrato bilateral, lo cual resulta implícitamente dicho en el artículo transcrito.

55.2. A veces se incluye en la definición otras **características** de la naturaleza de este contrato: que es oneroso, conmutativo, consensual por regla general, y excepcionalmente solemne (cuando se aplica a inmuebles).

Sánchez Román, acentuando la finalidad traslativa del contrato de permuta, lo define como "un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo o traslativo del dominio, por el cual dos personas se obligan a transferirse mutuamente el dominio de una o varias cosas que, al celebrar la permuta, pertenecían a cada una de ellas". Nótese que esta definición excluye la posibilidad de que en la permuta una de las cosas pueda ser ajena, y corresponde al sistema que no reconoce la venta de cosa ajena.

Planiol define la permuta como "cambio de una cosa por otra", entendiéndose por "cosas" los bienes materiales y los derechos.

55.3. En el plano doctrinal se debate si realmente hay permuta cuando se **intercambian derechos** y no cosas materiales. Salvat y otros sostienen que bien se pueden permutar dos derechos o un derecho por una cosa. Borda señala que no es ese el sistema del Código argentino y que tales

contratos deben calificarse de innominados o de cesión de derechos, según los casos.

Efectivamente, lo más común es la permuta de dos derechos de propiedad sobre cosas materiales, pero, para la doctrina, nada impide que se puedan cambiar una propiedad por un usufructo, o un derecho de habitación por unos bienes muebles, o un crédito personal por una servidumbre predial, etc. En todo caso, deben ser cosas susceptibles de venta, ya que la permuta es una especie de doble venta, o venta recíproca de bienes entre dos personas. La definición del Código Ecuatoriano, parece excluir estas otras formas de permuta, porque hace referencia directa a "especie o cuerpo cierto", de todas formas, pienso que habría permuta en dar el derecho de habitación en un inmueble, a cambio por el usufructo de otro, ya que se cumple la exigencia de referirse a especies o cuerpos ciertos, aunque no se transfiera el dominio, sino otros derechos sobre esos bienes materiales.

55.4. La **diferencia** fundamental entre la permuta y la compraventa, consiste en que en la permuta se cambian los bienes entre dos personas, directamente, mientras que en la compraventa uno es el que vende una cosa y el otro da en compensación o cambio, dinero. Las obligaciones del vendedor son unas y las del comprador son otras, en tanto que en la permuta ambas partes conservan una perfecta igualdad de derechos y obligaciones respecto de la otra, por lo cual el artículo 1840 del Código Civil dice que "cada permutante será considerado como vendedor". También podría decirse que cada una de las partes se considera comprador.

55.5. La permuta se llama también **"cambio"** o **"trueque"**. Nuestro Código Civil emplea la palabra "cambio" para referirse a este contrato, en los artículos 1251 y 1864 a 1867; la palabra "permuta", aparece trece veces: artículos 165, 166, 691, 718, 886, 947, 1733, 1837 a 1840, 1853 y 2384. No usa el Código en ningún lugar la palabra "trueque", pero es corriente en el lenguaje de los negocios, incluso del comercio internacional.

55.6. La estrecha relación con la compraventa, deriva del origen de ambos contratos. Coinciden los autores en afirmar que primitivamente el hombre debió utilizar el cambio directo de unas cosas por otras, y que de allí **derivó la compraventa**, al inventarse el dinero como signo representativo de la riqueza, o medida abstracta del valor de las cosas. Por esto, la regula-

ción jurídica de la permuta guarda una gran analogía con la de la compraventa y muchas veces los códigos se remiten escuetamente al régimen de la compraventa, como sucede con el Código Alemán, que contiene un único artículo (615) declarando aplicables a la permuta las reglas de la compraventa.

55.7. Guarda también una gran semejanza con la **dación en pago**, pero esta figura jurídica tiene por objeto extinguir una obligación, mientras que la permuta origina recíprocas obligaciones entre las partes: de transferirse el dominio.

56. Naturaleza jurídica

56.1. Cuando se difundió la compraventa en Roma, los juristas sabinianos consideraron que la permuta había quedado absorbida por la nueva figura jurídica, pero prevaleció la opinión de los proculeyanos que preferían conservar el régimen propio de la permuta. Inicialmente se calificó la permuta como un contrato innominado *do ut des* y de naturaleza real.

A partir de la Edad Media se transforma el contrato en simplemente consensual y así es considerado actualmente en la mayor parte de los sistemas jurídicos.

56.2. En nuestro Código se configura la permuta como un **contrato consensual**, en todo similar a la compraventa. La dificultad puede estribar en distinguir cuando hay una compraventa y cundo un trueque, por intervenir una compensación en dinero cuando las cosas cambiadas no son de igual valor.

56.3. El criterio generalizado consiste en que **si la parte que se paga en dinero supera al valor de la cosa**, se produce una compraventa, mientras que si el valor de las cosas no es tan diferente y la compensación monetaria es inferior, entonces sólo se considera como permuta. Así se dispone en el artículo 1733, perteneciente al Título sobre la compraventa: "Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario".

56.4. No resulta muy clara la disposición legal, ya que el **punto de comparación** podría entender que sea la cosa de mayor valor o la de menor valor. Parece preferible entender lo segundo, ya que la cosa de menos valor es la que hace el papel o cumple la función de precio, juntamente con una cantidad de dinero, que se paga por la más costosa. Además, no cabe que se pague una cantidad superior al valor de la cosa de mayor precio y además se entregue por ella otro objeto. Pero habría sido preferible que la ley lo dijera expresamente: si lo que se paga en dinero supera el valor de la cosa de menor valor, es compraventa, y si la cosa que se entrega tiene mayor valor que lo que se paga en dinero, hay permuta.

56.5. Por su naturaleza, el cambio **es un contrato principal**, no accesorio; pero puede servir, según la intención de las partes para varios objetivos diferentes. Entre ellos, es importante destacar que se presta para realizar una subrogación real, de la misma manera que sirve para esto la compraventa. El artículo 165 del Código Civil señala esta posibilidad de obrar la subrogación de un inmueble por otro, en el patrimonio de uno de los cónyuges, mediante permuta, siempre que en el contrato se manifieste el ánimo de subrogar. Y en el siguiente artículo se determina lo relativo al pago en dinero, cuando el valor de las cosas subrogadas no es igual, adoptando el mismo criterio que existe para distinguir la compraventa de la permuta.

56.6. Al igual que la compraventa, el cambio es **título traslativo** de la propiedad: "por su naturaleza sirve para transferir el dominio", dice el artículo 691. Desde luego, siendo solamente título, requiere un modo para la eficacia de la enajenación.

57. Régimen legal de la permuta

57.1. Según la doctrina y las disposiciones de muchos códigos, la permuta sigue en casi todo el **régimen de la compraventa**, tanto que con frecuencia las leyes simplemente se remiten a las disposiciones de este último contrato.

Generalmente se enumeran los aspectos en los que las normas de la compraventa se trasladan para la permuta: las relativas a la forma, la capacidad

de las partes, los objetos que pueden ser contratados, la lesión enorme, los vicios redhibitorios, la evicción y las acciones que derivan de todo ello.

57.2. La jurisprudencia francesa, como atestigua Planiol, extiende también las normas de la **promesa** de venta a la promesa de permuta.

57.3. También las **prohibiciones especiales o incapacidades especiales**, padres de familia, guardadores, mandatarios, empleados o funcionarios judiciales, etc. se aplican a la permuta lo mismo que a la compraventa. La prohibición de contratos entre los cónyuges, que ha figurado tradicionalmente en el derecho, abarca también este contrato, aunque en algunos países como México se permite el cambio entre cónyuges que tengan régimen de separación de bienes y con autorización judicial. En el Ecuador, después de las reformas al Código Civil por la Ley 88, del año 1989, prácticamente pueden realizar los cónyuges cualesquiera contratos través de las capitulaciones matrimoniales que se admiten en todo el tiempo.

57.4. En cuanto a la **forma** del contrato, no cabe duda de que vale cualquier manera de expresar el consentimiento de una y otra partes; pero, si una o ambas cosas que se cambian es un inmueble o derechos de sucesión hereditaria, para la perfección del contrato se requiere escritura pública, como lo ordena expresamente el artículo 1838. No olvidemos, además, que para que realice el efecto de la permuta, esto es la transferencia del dominio, se deberá inscribir la escritura pública, ya que esta inscripción en el Registro de la Propiedad constituye la tradición, el modo, para trasladar el dominio, a base del título que en este caso es la permuta.

57.5. Una sentencia de la Corte afirmó que "la promesa de permutar semovientes por bienes raíces, debía constar por escritura pública. Por lo mismo, no constando la promesa en tal forma, las partes tenían derecho a ser restituidas de todo lo que entregaron en concepto del contrato. Para estas restituciones no son necesarias ni la previa demanda ni la resolución de nulidad del contrato, que no ha existido según la ley. Si el documento privado de la promesa de la referida permuta es ineficaz para la perfección del contrato, es válido para exigir el cumplimiento de las obligaciones que las partes se hubiesen impuesto para el evento de no celebrarse la respectiva escritura pública. Si una de tales obligaciones es la de pagar las mejoras realizadas en el predio, debe condenarse al pago de ellas". En voto salva-

do, el Dr. Adolfo Páez sostiene, sin embargo, que la nulidad absoluta impide que se pueda dar ese efecto al contrato y se ordene el pago de mejoras; y parece más acertada esta opinión, si bien la Corte podía más bien por equidad ordenar el pago de las mejoras, dejando así satisfecho el debido respeto a la voluntad de las partes y a la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto.

57.6. En otra sentencia antigua se aclara que la falta de escritura pública en la permuta de inmuebles, no puede ser suplida por la **promesa de celebrar escritura pública**; y debe mirarse como no celebrado el contrato aunque en él se prometa reducirlo a instrumento público dentro de cierto plazo. Se declara la nulidad absoluta, de oficio, y se ordena que las cosas se restituyan al estado anterior al contrato.

58. Efectos de la permuta o cambio

58.1. Siguiendo la analogía con la compraventa, se enumeran los **principales efectos** de la permuta:

1. Las partes están obligadas a conservar las cosas permutadas, hasta su entrega y, en consecuencia, responden por culpa, según las reglas generales de las obligaciones de dar;

2. Deben entregar cada uno lo que ofreció, y en el tiempo, lugar y condiciones establecidas;

3. Ambos responden del saneamiento de evicción y de vicios ocultos; y,

4. Deben pagar a medias los gastos del contrato, salvo que dispongan otra cosa.

Hay otros efectos, que podríamos calificar de accidentales o eventuales, al igual que sucede con la compraventa, como el previsto en el artículo 906: si alguna parte del predio vendido o permutado queda separada de todo camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna.

58.2. Si se produce el **incumplimiento por una de las partes**, la que si ha cumplido tiene -como en la compraventa-, el derecho de exigir la entrega de la cosa debida, o bien, puede optar por demandar la resolución del contrato; en ambos casos, podrá exigir indemnización de los perjuicios que se hayan producido y logre probar.

58.3. El artículo 1839 declara: "No pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse", de donde se deduce que se acepta la **posibilidad de que una de las cosas permutadas sea ajena** a quien se compromete a entregarla, ya que nuestro sistema admite la venta de cosa ajena. El comprometerse a entregar, a título de venta o de permuta, algo ajeno, implica la obligación de adquirir legalmente la cosa, para cumplir el contrato y que realmente produzca sus efectos normales el trueque.

Pero, varios derechos extranjeros prohíben la venta de cosa ajena y consideran nulo el contrato que se hiciera en contravención de tal disposición. Sin embargo, en el caso de la permuta, esos mismos códigos adoptan una solución distinta: si una de las partes descubre que el otro contratante no era dueño de la cosa que le entregó, podrá negarse a dar la que él a su vez debía entregar en cambio, y resolver así de pleno derecho el contrato, exigiendo además indemnización si hubiere perjuicios. Así lo resuelven los derechos de países como España, México o Argentina, con ligeras variantes. En España se reconoce expresamente el derecho de retener la cosa que se debe entregar, en caso de descubrirse que la que debe la otra parte no le pertenece. Esta solución jurídica no ha sido incorporada a nuestro sistema, por lo cual, se ha de seguir la normativa propia de la compraventa de cosa ajena, que ya hemos expuesto.

58.4. En cuanto a la **evicción**, si ésta es total, el que ha perdido por orden judicial, la cosa recibida, tiene derecho a pedir la devolución de la cosa que entregó a cambio, como en el caso de la compraventa, el comprador tiene derecho a que se le devuelva el precio que pagó, o bien se le entregue legalmente la cosa misma. En la permuta, como explica Borda, se dan tres posibilidades: reclamar la cosa que se dio; pedir su valor; o reclamar el valor de la que el evicto entregó. En cualquiera de las tres opciones, hay lugar a la indemnización de perjuicios. La diferencia entre la segunda y la tercera, normalmente será de poca consideración económica, puesto que se supone la equivalencia de valores de lo dado y lo recibido.

58.5. La cuestión se complica desde el momento en que la parte que no ha sufrido la evicción **ha enajenado la cosa recibida**, puesto que esta especie de "precio" no podrá ser devuelto en especie, y por tanto el que sufrió la evicción no podrá reivindicar la cosa que entregó y que se halla legítimamente en manos de un tercero que la adquirió a título oneroso. En cambio, si la enajenación fue a título gratuito, según el Código Argentino, el permutante que sufrió evicción sí puede pedir al que adquirió la cosa dada por él en cambio que la restituya o pague su valor. No parece equitativa esta solución del derecho argentino, ya que permitiría despojar al tercero de lo legítimamente adquirido. Nuestro derecho, pone a salvo esos derechos adquiridos por terceros de buena fe y solamente permite la reivindicación de la cosa cuando ha habido mala fe o las cosas han sido robadas o perdidas. De otro modo, solamente se podrá reclamar su precio.

58.6. Otra diferencia entre los efectos de la compraventa y los de la permuta se da en el derecho francés. Según el artículo 1706 del Código Civil Francés, se suprime en materia de permuta la rescisión por **lesión enorme**, y explican Laurent y Josserand que esto se funda en la consideración de que no se requiere esta especial protección de la ley, porque el propietario que se encuentra apremiado por la necesidad no recurre a la permuta, sino a la venta y sólo en este contrato puede resultar indebidamente explotado. Tampoco esta distinción se hace en nuestro sistema, y debemos entender que tanto en la compraventa como en la permuta, cabe la acción de lesión enorme: si una parte ha entregado un objeto que vale más del doble del valor que recibe, tendrá derecho a pedir la rescisión por lesión enorme, fundándose en la remisión general a las normas de la compraventa, que hace el artículo 1840 de nuestro Código.

58.7. Si se anula el contrato, las cosas deben volver a su antiguo estado, deben devolverse a su dueño, pero esto no será posible si uno o ambos contratantes han enajenado lo recibido. Planiol observa que, en tal supuesto, el que ha enajenado la cosa recibida, no puede demandar la rescisión del contrato, porque estará en imposibilidad de restituir; pero, si ha perdido la cosa recibida, sin su voluntad, tendrá que restituir solamente su precio.

58.8. Otra original **disposición ajena a nuestro sistema**, fue introducida en Francia por una ley de 1918, se establece el traslado de los derechos

reales de un inmueble a otro, en el caso de permuta, debiéndose notificar al acreedor y si este no consiente en el traslado, queda a juicio del juez el admitirlo o no. Por ejemplo en una finca gravada por hipoteca; este derecho real accesorio, se puede trasladar a la otra finca que se da en cambio sin gravamen.

CAPÍTULO XII
LA CESIÓN DE DERECHOS

59. Noción o concepto de cesión de derechos

59.1. En el **Derecho Romano clásico** se entendía que la obligación personal no podría pasar a distinto sujeto: por definición, lo personal se radicaba de modo permanente en el respectivo acreedor y deudor. Pero, al ampliarse el comercio con otros pueblos, se sintió cada vez más la necesidad de realizar operaciones jurídicas que implicaban la sustitución de un acreedor por otro; para lograr este efecto, se acudió al mandato, y finalmente, la persona que recibía el poder de un acreedor, podía defender el respectivo derecho con una acción, con lo cual se configuró ya la posibilidad de la cesión de derechos personales o créditos, a través de esta *procuratio in rem suam.*

59.2. Sin embargo, la generalización de la cesión de derechos se puede decir que es obra de los **sistemas jurídicos contemporáneos**, y todavía en algunos Códigos civiles se prescinde de esta figura jurídica. En el nuestro, figura desde sus orígenes, en el Título que ahora lleva el número XXIV del Libro IV. En algunas leyes extranjeras se menciona al tratar de las obligaciones en general y la doctrina generalmente admite que en virtud de esas normas generales, es legítima de cesión de derechos, tal sucede, por ejemplo, en España.

El Código Civil alemán de 1900 introdujo esta regulación específica de la cesión de derechos, y la admitió el Código de las Obligaciones de Suiza en 1912, pero ya desde 1862, teníamos en nuestro Código Civil esta institución.

En el derecho francés no se configura la cesión de derechos como un contrato específico, sino como una forma de compraventa. Así, Planiol

dice: "En principio todos los bienes incorporales pueden ser objeto de una compraventa, que se denomina cesión".

El Código Argentino da una definición de la cesión de derechos, que la restringe a los créditos (Art. 1434) pero la doctrina de ese país, la ha ampliado también a los derechos reales.

59.3. Muy cercana a la disposición del Código Argentino está la de nuestro artículo 1841: "La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título". También nuestro **Código Civil** hace referencia directa a los "créditos", sin embargo, en varios otros artículos se menciona la posibilidad o la imposibilidad de ceder ciertos derechos reales.

El artículo transcrito está situado, como hemos dicho, en el Título XXIV, que lleva el epígrafe "De la cesión de Derechos", y comprende tres párrafos, el primero se concreta a "los créditos personales", el segundo trata del "derecho de herencia", que es un derecho real; y el tercero, versa sobre "los derechos litigiosos". Por tanto, la ley permite la cesión de una variedad de derechos.

59.4. En el mencionado artículo 1841, no se da un definición, pero sí una **noción o concepto** de lo que es la cesión, señalando las partes que intervienen: el cedente y el cesionario y la formalidad esencial: la entrega del título, es decir del documento en que consta el crédito y en el que debe constar también la cesión.

59.5. Hay que observar que el artículo transcrito emplea dos veces la palabra **"título"**, y lo hace en dos sentidos diferentes: primero como causa remota para la transferencia, en el mismo sentido en que se dice que la compraventa es "título" para transmitir el dominio. La segunda vez, el artículo 1841 habla de la "entrega del título", y aquí se refiere, sin lugar a duda alguna, al documento en que se certifica la existencia del crédito.

Esta mención del título, en el primer sentido indicado, es decir, como causa para la transferencia, se refiere seguramente a que la cesión puede ser "a título oneroso" o "o "a título gratuito", mediante un forma de contratación que implica contraprestación (onerosa), o que supone mera libe-

ralidad (gratuita, como la donación). La cesión, efectivamente admite esta doble modalidad: onerosa o gratuita.

59.6. Pero dicha mención del "título" en cuanto causa remota, origina el problema de si se debe considerar la cesión como un **"modo"** de transferir la propiedad, otros derechos reales y créditos personales. Esto podría pensarse, siguiendo el paralelismo que existe en el caso de otros contratos, por ejemplo el de compraventa: allí la compraventa es el "título" o causa remota de la transmisión del dominio y ésta se realiza mediante el "modo", consistente en la entrega o tradición de la cosa vendida De modo análogo, podría pensarse que la cesión es un modo, como lo es la tradición, mediante el cual se realiza la transferencia del derecho. Pero, por otra parte, la cesión de derechos está ubicada en el Código entre los contratos, y más bien habría fundamento para decir que, siendo un contrato más, constituye un "título" que origina la obligación de transferir y que ésta transmisión de los derechos ha de verificarse mediante algún "modo".

59.7. No es fácil resolver este problema que queda planteado, ya que nuestra legislación parece **un tanto fluctuante entre las dos soluciones**: si se ha de considerar la cesión de derechos como un título o como un modo. Así, por ejemplo, el artículo 833 del Código Civil declara que los derechos de uso y habitación "no pueden cederse a ningún título", y de esta forma aparece la cesión como una manera de transmitir derechos, un "modo", como lo es la tradición, que no puede emplearse en el caso del uso y la habitación, aunque haya un "título", tal como la venta o la donación de tales derechos. En forma parecida funciona la cesión en el artículo 817, en que aparece como modo de transferir el usufructo, que puede ser impugnado por los acreedores perjudicados. Se admite la cesión del usufructo en el artículo 808, sin calificar a la cesión de título o de modo, sino simplemente indicando que a través de ella se produce este efecto traslativo. En el artículo 807, en cambio, se parece contraponer la cesión al "título oneroso o gratuito" de donde se deduciría que realmente la cesión es un "modo". Por otro lado, el artículo 362, hablando del derecho de pedir alimentos, dice que "no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno", de lo que podría deducirse que la cesión se equipara a la compraventa, y por tanto es un título, como aparece también del hecho de tratar el Código, de la cesión, en una de las partes del Libro IV, entre los demás contratos.

Ciertamente que nuestro sistema no excluye la posibilidad de que se unan título y modo, como efectivamente acaece en la sucesión por causa de muerte. Por tanto, podría también admitirse esta interpretación: la cesión de derechos es título y modo.

Pero, examinando más propiamente la forma y los efectos de la cesión de derechos, tal como los regula el Título XXIV del Código Civil, aparece que realmente la cesión se realiza como la tradición, mediante una entrega de la cosa (en el caso de la cesión, mediante la entrega del "título" documental) y el efecto consiste en producir no un obligación (como en los contratos, en la compraventa por ejemplo), sino la transferencia del derecho, por lo cual se **debe equiparar a los modos de transferir la propiedad.** Se podría decir que es una modalidad de la misma tradición. La tradición se aplica propiamente a las cosas materiales y los derechos constituidos sobre ellas, principalmente el de dominio, mientras que la cesión **es una forma de tradición,** un modo de entregar y transferir cosas inmateriales, derechos.

59.8. Dilucidado así el problema sobre el alcance de la palabra "título" en su segunda utilización en el artículo 1841, **se puede concluir** que la cesión de derechos consiste en la transferencia de un derecho por parte del cedente, a otra persona que se llama cesionario, mediante la entrega del documento en el que consta el derecho que se transmite.

60. Quién puede ceder derechos y qué derechos pueden ser cedidos

60.1. No se dice nada en el Título XXIV sobre la capacidad para ceder, de suerte que simplemente se han de **aplicar las normas generales**: toda persona es capaz, mientras no le afecte una causa de incapacidad que debe estar señalada expresamente por la ley, por tanto, se presume la capacidad y se tiene que probar, si alguien no lo es.

60.2. Ya que la **cesión de derechos ha de tener un título oneroso o gratuito**, como se acaba de explicar, las especiales exigencias legales para vender, permutar, donar, etc., se han de tener en cuenta igualmente cuando se aplican estos títulos a la cesión de derechos. Así por ejemplo, como no puede el padre de familia comprar un inmueble de su hijo menor de edad, tampoco podrá adquirir por cesión un crédito hipotecario del mismo

menor su representado: existe una prohibición respecto del título y no puede verificarse la cesión contrariando dicha prohibición legal.

60.3. También **respecto de los derechos**, la regla general es la de la posible cesión de cualquiera de ellos, mientras no esté prohibida por la ley o sea contraria a la intrínseca naturaleza del derecho, que puede hacerlo no susceptible de cesión.

60.4. Los derechos que la doctrina califica de **"personalísimos"**, no admiten cesión, tales son las relaciones de familia, como entre padres e hijos o entre marido y mujer, en cuanto constituyen el orden mismo del hogar: la patria potestad, el derecho de usufructo a favor de los mismos menores o del hogar común, etc., no pueden ser transferidos a otra persona porque significaría desvirtuar la estructura fundamental de la familia. No es necesario que la ley prohíba expresamente su cesión, ella se desprende de la naturaleza de dichas relaciones familiares.

En segundo lugar, los individuos **pueden dar carácter intransferible** a ciertos derechos que constituyen o conceden a otros. El principio de libertad contractual permite que las partes interesadas asignen el carácter de intransferibles a los derechos o créditos en general. Esto tiene claras aplicaciones en el ámbito comercial, por ejemplo en el caso de los giros y endosos no transferibles de cheques, letras de cambio, pagarés y otros títulos de crédito, que ordinariamente se pueden ceder, pero que por voluntad de las partes se convierten en no cedibles. Se suele señalar como ejemplo de estos créditos convertidos en intransferibles por voluntad privada, el de los billetes o pasajes de aviones, trenes y otros medios de transporte; muy frecuentemente, cuando son de ida y vuelta, la segunda parte no puede ser empleada sino por el mismo pasajero.

Además hay ciertas prohibiciones expresas consignadas en la ley, para impedir la cesión de algunos derechos. A continuación se señalan las prohibiciones contenidas en el Código Civil.

60.5. El artículo 362 dice: "El derecho de **pedir alimentos** no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse". No se prohíbe, en cambio ceder las pensiones alimenticias atrasadas, como expresamente lo dispone el artículo 364.

Según el artículo 807, "el usufructo puede dar en arriendo el usufructo, y cederlo a quienquiera a título oneroso o gratuito. Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder **el usufructo, si se lo hubiere prohibido el constituyente**, a menos que el propietario le releve de la prohibición". De suerte que, aunque rige la regla general de la libertad de ceder, se limitan sus efectos, puesto que el cedente continua siendo responsable ante el propietario; además, el cedente puede imponer la prohibición de un nueva cesión (aunque el propietario puede liberar de esta prohibición). La cesión del usufructo presenta otra peculiaridad, que se señala en el artículo 808: "Aún cuando el usufructuario tenga la facultad de dar el usufructo en arriendo, o cederlo a cualquier título, todos los contratos que haya celebrado al efecto, se resolverán al fin del usufructo". Se trata, pues de un derecho limitado en el tiempo, y la cesión lleva consigo la misma limitación, de manera que termina el derecho del cesionario cuando llega a su fin el usufructo, por ejemplo, por muerte del primer usufructuario cedente.

Los **derechos de uso y de habitación** son intransferibles, como se dice expresamente en el artículo 833. Además en este precepto se prohíbe "arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho". Como la cesión es una forma de enajenar, no se puede, pues, ceder las cosas materiales que son objeto de estos derechos inmateriales.

La prohibición de enajenar los bienes que forman el **patrimonio familiar**, en los que se ha constituido este derecho, hace que tampoco puedan cederse, aunque esta prohibición admite excepciones y cumplidos ciertos requisitos legales se levanta el gravamen y se deja en libertad de transferir esos bienes (Art. 839).

El artículo 1887 dispone que el arrendatario no tiene facultad de ceder **el arriendo**, ni de subarrendar, a menos que expresamente se le haya concedido; pero en este caso, no podrá el cesionario o subarrendatario usar y gozar de la cosa en otros términos que los establecidos con el arrendatario directo. Por consiguiente se invierte la regla general: la prohibición de ceder es lo normal, y solamente se puede hacer cesión, con el consentimiento expreso del propietario.

El derecho que nace del pacto de **retroventa** no puede cederse, declara el artículo 1824.

Desde luego, las prohibiciones generales de todo contrato que implique transferencia, afectan a la cesión, como es el caso de la **sucesión futura**, que no puede ser objeto de ninguna convención, o cualquier disposición favor de quien es incapaz de recibir la herencia (Art. 1008).

Además de estas expresas disposiciones del Código Civil, hay otros derechos que no pueden cederse porque ello afectaría al **orden público**, como es el caso de los privilegios en la prelación de créditos.

60.6. Cabe también la intervención de **terceras personas para impedir la cesión** de derechos. Tal sucede cuando los acreedores del usufructuario pueden pedir que se embarque el usufructo y se les pague con él hasta el valor de sus créditos -como dispone el artículo 817-. Podrán por consiguiente, oponerse a "toda cesión o renuncia del usufructo, hecha en fraude de sus derechos" De manera análoga actúa la Acción Pauliana, produciendo la revocatoria de donaciones hechas en perjuicio de los acreedores, y sus efectos se extienden al caso de haberse cedido derechos dolosamente, para perjudicar a terceros.

60.7. Fuera del ámbito civil, hay numerosas leyes especiales, sobre todo de orden **administrativo**, que establecen derechos que no se pueden ceder, tales como la mayor parte de las concesiones administrativas, aunque también hay patentes, privilegios, concesiones administrativas sujetos a cesión. No es este el lugar para detallar estas peculiaridades propias de otras ramas del Derecho.

60.8. Naturalmente, nos estamos refiriendo al contenido del Título XXIV, es decir, a la cesión de derechos, que supone el cambio de acreedor, el desplazamiento del titular activo de la relación jurídica. Cosa muy diversa (en cierto modo, la contraria) es la **cesión de deudas**, el cambio de un sujeto obligado por otro, esto constituye diferente figura jurídica. A ella no se refiere el Título que estamos comentando, y si bien se admite por la doctrina, fundándose en el principio de libertad contractual, esto tiene mayores limitaciones, y suele haber una general desconfianza hacia tal género de cesiones.

60.9. La **doctrina** desarrollada en otros países coincide substancialmente con lo que acabamos de señalar, con fundamento en nuestras disposiciones positivas.

Planiol indica que en Francia, como aquí, el principio general consiste en que puede cederse cualquier derecho cierto, aunque su cuantía sea indeterminada, tal como sucede con un comunero que cede el crédito que posea en la cosa indivisa, o el precio que haya de obtenerse en un licitación del objeto común. Se pueden ceder derechos futuros y eventuales.

Específicamente detalla este autor lo relativo a la cesión de la clientela de un profesional liberal, que también es posible (aunque los usos sociales a veces lo impiden). La cesión de la propiedad literaria es también peculiar y admite mayor o menor extensión o limitación en el tiempo etc. Finalmente, entre las cosas que no admiten cesión, fuera de las señaladas más arriba, indica: las libretas de ahorro, los diplomas, medallas y condecoraciones.

Refiriéndose al Derecho argentino, Borda señala que no pueden cederse: 1. Los derechos inherentes a la persona; 2. Los de uso y habitación; 3. La esperanza de una sucesión; 4. Las jubilaciones y montepíos; 5. Los derechos futuros de alimentos; 6. El derecho de adquirir por pacto de preferencia en la compraventa; 7. Las indemnizaciones de accidentes de trabajo; 8. Los subsidios de maternidad: 9. El patrimonio familiar; 10. Los préstamos a empleados, con obligación de descuentos de los sueldos; 11. Los derechos bilaterales, sin consentimiento de la otra parte. Puede apreciarse que en cuanto a los derechos civiles, hay una coincidencia con nuestro sistema, y el autor citado, añade otros derechos de índole laboral, social, administrativo, etc.

60.10. La **Corte Suprema**, en varias sentencias ha precisado algunos asuntos que presentaban duda sobre la posibilidad de cederse un derecho.

En una de estas sentencias leemos: "La anticresis no es un derecho real sino un contrato real, fuente de obligaciones personales; y, como tal contrato, no es susceptible de cesión, no pudiendo por tanto, la otra persona ser colocada, total o parcialmente, en el lugar del que, por su crédito, recibió un inmueble para pagarse con sus frutos, sino mediante una novación en que intervenga el deudor anticrético. Habiéndose prohibido al deudor

anticrético, aún subarrendar un departamento de la casa en anticresis, aunque pudiera argüirse que, donde no hay arriendo no cabe subarriendo, tal prohibición corrobora la conclusión sentada (...) por lo expuesto se declara la nulidad de la cesión del derecho anticrético".

61. Analogía y diferencia con otras figuras jurídicas

61.1. Ya hemos indicado cómo el **mandato** fue la figura que originariamente se usó en Roma para superar el inconveniente de no poder transferir los derechos personales. Actualmente se puede seguir adoptando esta medida de conferir mandato a otra persona, pero, indudablemente el mandatario no hace suyo el derecho, sino que obstará en nombre de aquel que le confirió el poder; además, éste termina con la muerte y también puede ser revocado. La situación precaria del mandato contrasta con la posición definitiva que se alcanza mediante la cesión de derechos.

Se emplea frecuentemente el mandato, como diputación para el cobro, mediante el endoso "al cobro", de letras y pagarés a la orden. En estos casos no hay cesión, sino precisamente un poder conferido para actuar en nombre y provecho del mandante, quien puede revocar en cualquier momento dicho mandato. La consecuencia más importante, que marca una honda diferencia con la cesión de derechos, consiste en que el deudor puede oponer al mandatario todas las excepciones personales que habría podido presentar contra el acreedor; en un juicio, el mandante puede ser constreñido a confesor sobre sus hechos, aunque el pagaré, letra u otro documento de crédito, haya sido endosado a otro, si es en esta forma de "al cobro", es decir, si se trata de simple mandato. Por el contrario, no afectan al crédito las relaciones entre el deudor y el mandatario, anteriores al endoso; naturalmente, si el mandatario recibe el pago para el cual está legítimamente autorizado, no podrá el acreedor pretender un nuevo pago.

Sobre el mandato y más concretamente sobre el endoso "al cobro", existe abundante jurisprudencia en el sentido de cuanto se expresa en las líneas anteriores. Otra interesante observación de la jurisprudencia consiste en que, producido el mandato, el cesionario no puede ceder a su vez el crédito, sino con la misma calidad de mandatario, y la cesión hecha con otro alcance, es nula.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

61.2. La **novación** es una figura jurídica por la cual una relación contractual o un derecho se extingue y surge en su reemplazo otro. La extinción de la primera relación jurídica, implica igualmente la terminación de lo que es accesorio, entre lo cual tienen mayor importancia las garantías: éstas no se trasladan a la nueva obligación, salvo que expresamente se vuelvan a establecer. En la cesión de derechos, por el contrario, lo que se ha cedido pasa al cesionario con todos sus accesorios, porque no se ha extinguido sino que se ha transferido el crédito o derecho.

61.3. En la **simple delegación** para el cobro no hay novación sino solamente mandato, o cesión si expresamente se ha querido producir este efecto y se observa la forma debida. Por esto el artículo 1652 del Código Civil establece: "Si el delegado es sustituido contra su voluntad al delegante, no hay novación sino solamente cesión de acciones del delegante a su acreedor; y los efectos de este acto se sujetan a las reglas de la cesión de acciones".

61.4. La **subrogación** es otra figura jurídica que guarda analogía con la cesión. No consideramos aquí las subrogaciones reales: una cosa que ocupa el lugar jurídico de otra, como se regula en el caso del patrimonio de la sociedad conyugal o de uno de los cónyuges, en los cuales un objeto puede ser reemplazado por otro, mediante subrogación real. Nos referimos a la subrogación personal, que implica que una persona ocupa el lugar jurídico de otra, es decir, recibe los derechos y obligaciones propios del sujeto al que reemplaza. La similitud con la cesión es evidente, pero también hay diferencias notables.

El artículo 1679 del Código Civil dice: "Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de convención con el acreedor". Esta convención consistirá precisamente en la cesión del derecho, de suerte que en esta disposición legal se califica a la cesión de derechos como una convención que produce el efecto de subrogar la persona del acreedor.

Una sentencia de la Corte Suprema trata de esta analogía de las dos figuras y recoge la doctrina generalmente admitida, en estos términos: "La cesión de créditos o derechos personales de acuerdo con la doctrina, es un acto jurídico por el cual el acreedor, que toma el nombre de cedente, transfiere

voluntariamente por acto entre vivos, a título gratuito u oneroso, a un tercero que acepta voluntariamente y toma el nombre de cesionario, el crédito o derecho personal que tiene contra el deudor (Barros Errázuriz); y la subrogación es una ficción de cesión del crédito y de todos sus accesorios, hecha por el acreedor al tercero que le paga y permite a éste hacer valer la acción principal y las accesorias fin de reembolsarse de los desembolsos que ha hecho para el pago o que efectúa la ley (Claro Solar).

He aquí como describe Borda la diferencia entre ambas figuras: "1. El pago con subrogación es un acto desinteresado, que no produce utilidad al que lo hace: sólo puede pedir lo que dio; la cesión, admite especulación; 2. La cesión exige el consentimiento del acreedor cedente; la subrogación puede prescindir de ella; 3. El cedente garantiza la existencia y legitimidad del crédito, en la subrogación no; 4. El cesionario puede demandar el pago del crédito cedido mediante la acción que competía a su cedente; el subrogado tiene dos acciones: una personal, nacida de su pago, sea a título de gestión de negocios, préstamo, etc., otra derivada de la subrogación, que es la que correspondía al antiguo acreedor pagado y le es transmitida al pagador por disposición de la ley; 5. La subrogación opera todos sus efectos por el sólo hecho del pago; en cambio la cesión no produce efectos respecto de terceros sino desde el momento en que se ha notificado al deudor cedido".

61.5. La **"cesión de bienes"** de que tratan los artículos 509 a 511 implica el dejar a disposición de los acreedores todo el patrimonio (salvo ciertas reservas) del deudor, quien a su vez entre sus bienes puede poseer créditos, los cuales quedan cedidos a los acreedores. Pero esta cesión de derechos se rige por las normas contenidas en el Código de Procedimiento y tiende a una liquidación del patrimonio del deudor, para satisfacer a los acreedores de manera ordenada, respetando la prelación de sus créditos y deja también a favor del deudor la posibilidad de disponer de ciertos bienes indispensables para su mantenimiento. Se trata, pues, de un figura jurídica que en parte coincide o puede coincidir (cuando el deudor tenga créditos que se comprenden en la cesión general de sus bienes) con la cesión de derechos. Por el carácter universal de la cesión de bienes y la finalidad que se propone, produce efectos secundarios de mucha importancia, como es la incapacidad parcial del que la hace; por esto, el artículo 1602 del Código Civil menciona entre los que no pueden recibir válida-

mente un pago a los dementes, interdictos y a quienes han hecho cesión de bienes. El que ha hecho cesión de bienes ya no puede recibir el pago de sus créditos, como no puede recibir ese pago el cedente, respecto del crédito cedido. El artículo 2369 del Código Civil declara que "son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso de acreedores.

61.6. La **cesión de una deuda**, como ya hemos indicado más arriba, constituye la figura inversa a la cesión de derechos. La cesión de deuda implica el cambio de la persona obligada y esto solamente puede realizarse con el consentimiento del acreedor. No está expresamente considerada en nuestra legislación y en general en los códigos antiguos; se admitió en el Código alemán de 1900 al igual que la cesión de derechos, y también se regula en el Código suizo de 1912; en muchos países se admite, dentro de la aplicación de las reglas generales de las obligaciones y como expresión de la libertad contractual.

La cesión de derechos y la cesión de deudas son dos instituciones que se complementan y mediante ellas las obligaciones se movilizan bajo el aspecto activo y pasivo, como enseña Gaudemet: "En el traspaso de créditos se hace pasar un elemento activo del patrimonio de aquel que se empobrece al patrimonio de aquel que se enriquece. En el traspaso de deudas es un elemento pasivo que pasa del patrimonio del que se enriquece al del que se empobrece.

El resultado es el mismo en los dos casos: la substracción de una cantidad negativa equivale a la adición de una cantidad positiva".

En el aspecto simplemente económico pueden considerarse equivalentes ambas figuras, pero en el jurídico, la una es contraria a la otra; sus efectos son inversos: en el un caso se reemplaza el acreedor, y en el otro el deudor. Naturalmente para el deudor, lo mismo es pagar a uno que a otro; pero para el acreedor no es igual tener un deudor solvente que recibir otro que puede no ser solvente. Por esto algunos autores como Laurent han afirmado que se pueden ceder los créditos pero no las deudas, y los derechos positivos de varios países solamente permiten lo primero, pero no lo segundo; sin embargo, se abre cada vez más la posibilidad de la cesión de deudas, contando siempre con la aceptación del acreedor. Claro Solar

admite que en el sistema chileno -y otro tanto puede decirse del ecuatoriano-, cabe la cesión de deudas porque la libertad de contratación permite que un deudor convenga con un tercero que le sustituya en la deuda y si el acreedor acepta, se produce la cesión pasiva.

62. Cómo se realiza la cesión de derechos: forma

62.1. Como todo contrato, la cesión de derechos, surge de la conjunción de las dos voluntades, en este caso del cedente que desea transferir un derecho, y del cesionario, que pasa a ocupar el lugar jurídico del primero. Este acuerdo de voluntades debe expresarse concretamente **por escrito, que ha de sentarse en el documento representativo del derecho** ("título" o "título cartulario"), y, en nuestro sistema, este documento **debe entregarse** al cesionario.

62.2. En otros sistemas jurídicos, para la cesión basta el acuerdo de voluntades: se considera como un contrato simplemente consensual; pero en el Ecuador, por expresa disposición del artículo 1841, se configura como un contrato real, que no se perfecciona sino con la entrega de una cosa, en este caso, del documento que representa el derecho cedido: "La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título".

62.3. La **forma o solemnidad propia de la cesión**, consiste, por tanto en la entrega del título o sea del documento en que consta el derecho cedido y la voluntad de cederlo. Realizado esto, ya surte efectos el contrato entre las dos partes, cedente y cesionario.

62.4. Para que la cesión produzca también efecto **con relación al deudor o a terceros** se agregan otros dos requisitos indispensables: la cesión se ha de **notificar** al deudor o ha de ser aceptada por éste. Así lo dispone el artículo 1842: "La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste".

Las últimas palabras del artículo transcrito; "o aceptada por éste", permite deducir que si el deudor se ha informado de la cesión sin que se le haya

citado, pero de todos modos la acepta, surte plenos efectos para él y para terceros. En definitiva lo importante es que el deudor esté en aptitud de poder aceptar o poner sus reservas a la cesión; la notificación se dirige a que sea debidamente informado, para que pueda aceptar o presentar objeciones o reservas, que dejarán a salvo sus derechos, por ejemplo, el de oponer ciertas excepciones para el pago o cumplimiento de su obligación.

62.5. No se confiere al deudor la facultad de **oponerse,** de **rechazar la cesión.** No puede, en efecto, impedir que el acreedor resuelva ceder su derecho a otro. Lo que resguarda la ley, son los derechos del deudor: la cesión no puede hacer más gravosa su obligación, cambiando el tiempo, el lugar o la modalidad de su cumplimiento. Tampoco puede despojarse al deudor de las legítimas defensas frente al acreedor, y por esto, lo que se le permite es hacer reservas, por ejemplo, para poder oponer ciertas excepciones en caso de juicio.

En una sentencia de la Corte Suprema se expresa con mucha claridad este sistema: "Conforme a nuestra legislación, a diferencia de la francesa, el dominio de los derechos personales no se transmite por el sólo efecto de los contratos, sino por la tradición del título que acredita esos derechos. Así lo establece expresamente el artículo 687 (actual Art. 714) del Código Civil, y, con más especialidad, el 1892 (actual Art.1841), que dice: "La cesión de un crédito personal a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título", esto es, la tradición del título o documento que comprueba el crédito cedido y no la entrega del contrato celebrado entre el cedente y el cesionario; siendo por esto que el artículo 1894 (actual Art. 1844) del mismo código prescribe que la notificación al deudor debe hacerse con la exhibición del título que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y a firma del cedente.

62.6. La cesión de un **crédito personal** debe hacerse de conformidad con el artículo 1868, esto es, entregando el cedente al cesionario el título de crédito cedido; y la omisión de esta solemnidad acarrea la **nulidad absoluta** de la cesión, la misma que debe ser declarada de oficio. Esto ha sido confirmado numerosas veces por sentencias del más alto tribunal.

62.7. Cuando no se trata de un crédito personal, sino de un **derecho real**, la tradición debe hacerse en la forma prescrita en general para este efecto, en el Título VI del Libro II, que trata de "La Tradición". Si el derecho se refiere a inmuebles, necesariamente se requiere escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

62.8. En cambio, en los **títulos al portador**, no se exige ninguna nota de cesión, sino que, precisamente, basta la entrega material del título al cesionario. Pero, en todo caso, lo esencial es esta entrega, tanto en los derechos personales, en los reales sobre inmuebles y en los documentos al portador. Varía la manera de entregar: con nota de cesión, con escritura inscrita, o con mera entrega material, pero siempre pasa a manos del cesionario el título representativo del derecho.

62.9. No es parte de la entrega la **notificación** al deudor, sino que esta notificación extiende al mismo deudor y a terceros, los efectos de la cesión, que ya se producen en su integridad entre cedente y cesionario, antes de tal notificación y aunque nunca se llegue a notificar al deudor.

62.10. La **entrega del título o tradición**, es, pues, de importancia capital: sin ella no hay cesión de derechos. Producida la entrega, en la forma indicada, se presume que realmente se presume que realmente se transmite el derecho contenido en el documento, pero cabe la impugnación de la cesión por carencia de **causa**, o por falta de consentimiento o vicios del consentimiento, en una palabra, según las reglas generales de impugnación de un negocio jurídico.

El caso más saliente será el de carencia de título que justifique este modo de transferir el dominio u otros derechos. En una sentencia se aborda este problema: "La cesión de un crédito personal queda perfeccionada y, por consiguiente, el dominio de él pertenece al cesionario, una vez cumplidos lo requisitos determinados en los artículos 1892 (actual Art. 1841) y 1894 (actual Art. 1843) CC, esto es, cuando el título con la respectiva nota de traspaso ha sido entregado al cesionario. Si es verdad que el cedente o sus representantes pueden impugnar la cesión del mismo modo que cualquier contrato, deben justificar legalmente la causa de la impugnación, para que pueda ser admitida". En voto salvado se afirma que para la transferencia del derecho se requiere un título legal, como la venta, la permuta o la do-

nación y sin ese título traslativo, la cesión no produce efecto legal alguno[7]. Evidentemente, no basta la cesión, pero se presume que al producirse es porque existe tal título (que incluso consta en el documento o "título cartulario"), de suerte que, se ha de presumir la validez de la cesión, y la carga de la prueba recae en quien pretenda demostrar la invalidez de la cesión.

63. Notificación de la aceptación

63.1. Ha sido preciso referirse ya a la notificación y a la aceptación por parte del deudor, para explicar lo relativo a la forma esencial de la cesión, pero ahora volvemos a ese particular con mayor detenimiento.

El artículo 1843 dice: "La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente".

Si el derecho se hubiere constituido verbalmente y no constare en un título, para cederlo sería necesario dejar constancia escrita, ya que la exigencia del artículo 1843 no admite excepción: ha de entregarse el documento y en él debe constar la cesión.

La transmisión de los derechos se verifica de diversas maneras, como queda dicho: si se trata de derechos personales, mediante la entrega del título con la constancia escrita de la cesión; si de derechos reales sobre inmuebles, por medio de la inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad; si de títulos al portador, por la simple entrega del documento; y todavía se podría añadir que ciertas cesiones están legisladas por leyes especiales, como las de derechos artísticos e intelectuales, de patentes y de concesiones administrativas, en todas ellas hay alguna entrega o registro. Pues bien, todas estas diversas formas de efectuar la cesión, **deben llegar a conocimiento del deudor** para que éste quede liberado de cumplir su obligación al primer acreedor y quede vinculado a cumplirla a favor del cesionario; esta finalidad de la notificación, se revela en el hecho de que el efecto indicado se produce igualmente cuando no ha habido notificación pero el deudor ha llegado a conocer la cesión y se atiene a ella, aceptándolo, incluso tácitamente.

[7] Gaceta Judicial, Serie I, No. 100, p. 799, 21 de abril de 1904.

63.2. De lo dicho se deduce que no siempre será necesaria una **notificación formal**, con la intervención del juez: si la cesión produce su efecto frente al deudor cuando éste conoce el cambio de acreedor y lo acepta, por ejemplo comenzando a cumplir la obligación, resulta claro que no se ha de exigir de manera absoluta que la citación sea judicial. En el caso de los inmuebles, desde luego, la inscripción en el Registro de la Propiedad surte el efecto de publicidad equivalente al de la citación, y lo mismo podría decirse de las otras inscripciones en los registros especiales de los derechos de autor, etc. Sin embargo, el artículo 1844 exige, como requisito para la validez del traspaso del derecho, la notificación formal, precisamente en el caso de los derechos que constan por escritura pública. Posiblemente este extremo de exigencia se debe a una consideración hacia los terceros, por ejemplo, los acreedores del acreedor, que podrían embargar el crédito en sus manos, o en las del cesionario, una vez verificada la cesión.

63.3. La **forma normal de notificación**, está señalada en el artículo 1844: "En toda notificación de traspaso de un crédito, la cual se hará en la forma que dispone el Código de Procedimiento Civil, se entregará al deudor una boleta en la que conste la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido. La cesión de un crédito hipotecario no surtirá efecto alguno, si no se tomare razón de ella en la Oficina de Registro e Inscripciones, al margen de la inscripción hipotecaria. Se cumplirá la exhibición prescrita en el artículo anterior, dejando, por veinticuatro horas, el documento cedido en el despacho del funcionario que hiciere la notificación, para que pueda examinarlo el deudor, si lo quisiere. Del cumplimiento de este requisito se dejará constancia en autos".

Los términos de la ley son claros y tienden a la perfecta identificación del crédito que se traspasa y a que el deudor pueda apreciar las características del documento que lo contiene, por esto se pide la exhibición del mismo. Así el deudor podría, por ejemplo, apreciar cuál de varios documentos ha sido cedido, su fecha y demás características y, eventualmente, si el título ha sido alterado o anulado de cualquier manera.

63.4. Como señala con acierto una sentencia de casación de Colombia, la notificación marca una nueva etapa, ya que la primera etapa consiste en la entrega del título con la nota de cesión y establece las relaciones entre cedente y cesionario, mientras que la notificación da origen a las relaciones con el deudor y con terceros: desde este momento **ya no será válido el pago hecho al cedente** y será válido el cumplimiento de la obligación realizado a favor del cesionario.

Observa Borda que el deudor que conoce la cesión, aunque no se le haya notificado, no puede pagar de buena fe al cedente y si lo hace, no se libera de su deuda.

63.5. El mencionado artículo se remite a lo dispuesto en el **Código de Procedimiento Civil**, pero, en realidad allí prácticamente se repiten las mismas formalidades que ya constan en el Civil, agregándose sólo lo que atañe a la competencia, a la intervención del juez y del actuario.

El Código adjetivo define lo que es notificar, en el artículo 73: "Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedidos por el juez". No se cumplen exactamente estas condiciones en el caso de la cesión de un derecho, que no es ni sentencia, ni orden de juez, pero se aplica por analogía a la cesión de derechos. Más específica es la disposición del artículo 95: "En toda notificación de traspaso de un crédito, la cual se hará en persona o por tres boletas, se entregará al deudor una boleta en que conste la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que sea válido. La cesión de un crédito hipotecario no surtirá efecto alguno si no se tomare razón de ella, en la Oficina de Inscripciones, al margen de la inscripción hipotecaria. Se cumplirá la exhibición prescrita por el Código Civil dejando, por veinticuatro horas, el documento cedido, en el despacho del funcionario que hiciere la notificación, para que pueda examinarlo el deudor, si lo quisiere. Del cumplimiento de este requisito se dejará constancia en autos".

63.6. Una reforma de 1998 afecta tanto al artículo 1844 del Código Civil, como al 95 del de Procedimiento -que hemos visto que coinciden-, y dice así: "Cuando se deba ceder o traspasar derechos o créditos para efectos de desarrollar procesos de titularización realizados al amparo de la Ley de Mercado de Valores, cualquier sea la naturaleza de aquellos, **no se requerirá notificación** alguna al deudor y obligado de tales derechos o créditos. Por el traspaso de derechos o créditos en proceso de titularización, se transfiere de pleno derecho y sin requisito o formalidad adicional, tanto el derecho o crédito como las garantías sobre tales créditos. En caso de ser necesaria la ejecución de la garantía, el traspaso del crédito y de la garantía, ésta deberá ser previamente inscrita en el registro correspondiente".

Se introduce, por tanto, una notable excepción al régimen normal, puesto que no se exige la notificación para que produzca efectos la cesión incluso frente al deudor; sin embargo, cuando se trata de hipotecas u otras cargas reales sobre inmuebles, se sigue la regla general de la inscripción, la cual aún en el caso de "procesos de titularización", se ha de verificar para poder ejercitar la acción judicial para exigir el cumplimiento de la obligación o de la garantía.

63.7. No se especifica expresamente el **lugar** de la notificación, pero se entiende que ha de ser en el domicilio del deudor, según las reglas generales. En el caso de derechos litigiosos, la notificación debe realizase a través del actuario del mismo juicio en que se discute sobre el derecho cedido.

63.8. Tampoco hay **plazo** dentro del cual deba verificarse la notificación, por lo que puede pasar cualquier tiempo, mientras no prescriba la obligación o se extinga de cualquier manera. Una sentencia antigua se refiere a que ni el Código Civil ni el de Procedimiento exigen que la notificación se haga antes de la demanda del crédito, es decir, que puede hacerse simultáneamente a tal demanda. Desde luego, si la notificación al deudor se hace después de que éste ha pagado al primitivo acreedor, tal notificación no afectará el valor liberatorio del primer pago y no podrá ser obligado a repetirlo a favor del cesionario. Sobre esto hay varias sentencias coincidentes.

63.9. La notificación debe ser **completa**, esto es, referirse al título y a la nota de traspaso que ha de constar en el mismo documento. Así lo confirma la jurisprudencia.

63.10. Si hay **dos codeudores** y se ha notificado la cesión solamente a uno de ellos, bien puede demandarse al que fue notificado y no se desvirtúa la naturaleza del título ejecutivo.

63.11. Por lo menos en dos sentencias, se admite que el hecho de contestar la demanda oponiendo excepciones y sin objetar la falta de notificación al deudor, implica una aceptación tácita que no permite desconocer el valor de la cesión por falta de notificación.

63.12. Una Resolución de 1999 del Consejo Nacional de la Judicatura establece en Quito y Guayaquil, y prevé el establecimiento futuro en otros lugares, de juzgados de lo civil exclusivamente destinados a tramitar asuntos de jurisdicción voluntaria, entre los cuales se comprende estas notificaciones de cesiones de derechos.

63.13. Para la validez de la cesión de un crédito, no se requiere la aceptación del deudor. No negada la cesión, sólo debe probarse el hecho de habérsela notificado al deudor. Este hecho, que no constituye el contrato de cesión de créditos personales, puede probarse por la **confesión** del deudor, desde que no es aplicable al caso el artículo 1691 (Art. 1718).

63.14. El último acto formal de la cesión consiste en la **aceptación por parte del deudor**, y ésta puede ser expresa o tácita; a la segunda se refiere el artículo 1845, que declara: "La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.". Queda, pues, absolutamente fuera de duda que no se exige constancia escrita, y mucho menos (como han planteado algunos equivocadamente), instrumento público para probar la aceptación que, además, no afecta a la validez de la cesión en ningún caso.

64. Efectos de la cesión, entre las partes

64.1. La relación entre cedente y cesionario varía notablemente según el **título oneroso** o **gratuito** que haya originado la cesión. Si ésta implica una

contraprestación o precio, si es onerosa, se asimila a la compraventa y las relaciones entre las partes son las mismas que las que se producen entre vendedor y comprador. Por el contrario, en la cesión gratuita, hay una donación, y se aplican las reglas de este contrato.

En ambos casos, desde luego, el efecto principal consiste en el paso de un crédito o un derecho, del cedente al cesionario.

64.2. Este traslado o transferencia de una cosa inmaterial, como son los créditos o derechos, debe cumplirse en su **plenitud**, es decir, sin reservas, disminución ni alteración del objeto del contrato. En consecuencia, la primera obligación del cedente consiste en no obstar de ninguna manera a que el cesionario entre en posesión del derecho y disponga realmente de la cosa o cosas que dependen de él, removiendo cuanto pudiera impedir el ejercicio del derecho por parte del cesionario.

64.3. Cuando la cesión es a título oneroso, el cedente debe **garantía de evicción**: ha de intervenir frente a terceros que turbaren o arrebataren el derecho cedido y defenderá al cesionario en cuanto esté a su alcance, debiendo indemnizarle, como en la compraventa, si su defensa es ineficaz y no logra evitar que por orden judicial sea despojado el cesionario.

64.4. Como contrapartida de la obligación de entregar y garantizar el derecho cedido, el cesionario debe **pagar el precio** convenido o la contraprestación pactada. Si en estos casos de cesión onerosa, el cesionario no cumple, el cedente, tendrá, igual que en la compraventa, la opción entre resolver el contrato o exigir su cumplimiento, en ambos supuestos, con indemnización de perjuicios.

64.5. La **jurisprudencia francesa** ha detallado algunos interesantes aspectos de estas obligaciones. Planiol refiere sentencias según las cuales la cesión de un negocio implica el compromiso de no hacer competencia al nuevo dueño, abriendo un negocio similar en la misma ciudad, o en el mismo barrio en el caso de ciudades muy grandes. Las cláusulas de garantía añadidas por los contratantes, se interpretan restrictivamente, para dejar a salvo la mayor libertad de comercio.

64.6. Borda explica que si por error o mala fe se cede un mismo derecho íntegramente a **varios cesionarios**, se preferirá al que primero haya notificado al deudor, y si lo hacen en el mismo día todos tendrán derecho por partes iguales. Muy distinta es la solución, si se ha transmitido un derecho parcialmente a varios, porque, entonces cada uno tendrá derecho a prorrata de la cuota que se le cedió.

64.7. Nuestro Código precisa el alcance de las **obligaciones y responsabilidades del cedente**, en el artículo 1848: "El que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de la existencia del crédito, al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta el monto del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa".

Prevalece, por consiguiente la voluntad de las partes, que pueden modificar las responsabilidades normales previstas por la ley. Lo corriente es que solamente se garantice la existencia de la obligación o derecho, lo que implica que el deudor, en el momento de la cesión sea realmente deudor y no esté en insolvencia; lo que sucede más adelante, no es objeto de obligación legal, pero puede serlo por expresa cláusula. Así lo ha reconocido alguna sentencia de la Corte Suprema: "El cedente puede asumir la obligación de pagar la deuda si no lo hace el deudor, en este caso, además de contrato de cesión, se establece una garantía".

64.8 La jurisprudencia de nuestro país ha establecido que no se desvirtúa ni anula la cesión por el hecho de haberse convenido entre los contratantes una **distinta regulación** de la responsabilidad. Así, una sentencia declara: "La circunstancia anotada por el reo y confesada por el cesionario ejecutante, de que éste no ha dado ni se obligó a dar al cedente cantidad alguna como precio de la cesión, y sea el cedente, en consecuencia, quien pierda la suma que dio en préstamo, caso de no recaudársela, no desvirtúa la naturaleza ni las consecuencias jurídicas de la cesión verificada en forma legal y notificada al deudor con los requisitos establecidos en el artículo 1894 (art. 1841); tal circunstancia revelaría únicamente que entre el cedente y el cesionario existe un contrato de mandato, para la ejecución del cual se

acordó traspasar al segundo el dominio del mentado crédito, siguiéndose de aquí que el cesionario es mandatario en sus relaciones con el cedente, y verdadero dueño del crédito en sus relaciones con el deudor y con terceros, situaciones jurídicas que, lejos de excluirse, se armonizan sin inconveniente legal alguno".

64.9. Tampoco se alteran las relaciones entre cedente y cesionario por el hecho de que hayan actuado con **simulación**, haciendo aparecer que hubo precio cuando no lo hubo, o viceversa; esto se refiere exclusivamente a sus propios intereses y no podría ser alegado por terceros, para destruir o desconocer la cesión; pero, ni la simulación afecta al derecho de terceros, o contraviene disposiciones de orden público, producirá la nulidad. En este sentido resolvió la Corte: "Si de las pruebas constantes en el proceso aparece que la cesión fue a título gratuito, siendo un simulación lo expresado en ella respecto a que el traspaso tenía por causa un título oneroso, dicha simulación produce la ineficacia de la cesión como efectuada a título oneroso, pues, demuestra que el acto jurídico es el de una donación. Según lo prescrito en el inciso segundo del artículo 1391 (Art. 1417), la donación es nula en lo que exceda de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América si no consta la autorización del juez; nulidad absoluta por la que se deben restituir las cosas al estado anterior al momento de la cesión. En el caso en cuestión, el hecho jurídico de la donación se ha verificado desde el momento en que se hizo la cesión y se entregó el título al cesionario".

64.10. La intervención de un tercero, como **agente oficioso**, para cobrar y recibir el pago del crédito cedido, tampoco altera la relación fundamental entre cedente y cesionario: "El acreedor conserva expedita su acción contra el deudor, al verificarse el pago a quien no está legítimamente diputado para recibirlo. No tiene validez la cesión de un documento de crédito hecha por un mero agente oficioso. Si en virtud de tal cesión, ha recibido el cesionario el valor del documento, el dueño del crédito no tiene ninguna acción contra él, pero si el agente oficioso o el deudor obligado a pagar por segunda vez, la primera al cesionario y la segunda al dueño del crédito".

64.11. El problema del **pago hecho a quien realmente no tenía derecho de recibirlo**, pero que aparece como poseedor del crédito ha resuelto

de diversas maneras tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. El principio general es claro: sólo el pago hecho a quien tiene derecho de recibir, libera de la obligación; pero se dan situaciones en que ese derecho de recibir se presenta con menor nitidez, o que la apariencia del derecho no coincide con la realidad.

Si fraudulentamente, incluso con falsificación de documentos, se presenta un falso cesionario de derechos a exigir su pago, y el deudor, de buena fe, ateniéndose a título endosado que se le presenta, realiza el pago, pero luego se descubre la falsificación, se plantea el problema de saber quién ha de soportar la pérdida: el verdadero acreedor que fue suplantado y que se quedará impago; o, tendrá que repetirse el cumplimiento de la obligación por parte del deudor incauto que ya pagó, engañado por el cobrador fraudulento. Algunos sostienen que el verdadero acreedor no debe perder su derecho puesto que nada ha faltado de su parte para mantener y cobrar su crédito y sin ninguna culpa, no puede perder su derecho; mientras que el deudor que pagó, aunque en apariencia parecía que pagaba a quien tenía derecho de recibir, de todos modos podía cerciorarse mejor, consultando a su primitivo acreedor; por tanto, alguna culpa hay de parte suya y resulta más equitativo que sea él quien sufra el desmedro. Desde luego que, uno u otro, acreedor o deudor podrán perseguir al falso cobrador, pero no siempre será eficaz dicha persecución ya que quienes actúan fraudulentamente procuran poner a buen resguardo sus ganancias y su persona. La otra solución consiste en sacrificar al acreedor que fue suplantado, para no exigir un segundo pago al deudor que de buena fe pagó, alegando para sostener esta solución, que en realidad quien paga al que tiene la posesión del título está obrando conforme a derecho y no puede ser obligado a duplicar el pago. Si se consideran las formalidades exigentes de nuestra ley, entrega del título con la nota de cesión, notificación (eventual inscripción) y aceptación del deudor, todo ello, hace difícil que se produzca el engaño, y si se produjera, parece que realmente no puede cargarse la pérdida al deudor que haya hecho un pago formalmente válido.

64.12. Volviendo a la obligación del cedente de garantizar al cesionario contra la evicción, hay que decir que si no logra el que cedió el derecho resguardar al cesionario frente a la reclamación judicial de un tercero, tendrá que devolverle lo que recibió a cambio de la transferencia de su

derecho, más la indemnización correspondiente por los perjuicios que le haya causado.

64.13. Las relaciones entre las dos partes contratantes pueden sufrir alteración por haber **procedido dolosamente** una de ellas, en cuyo caso la parte engañada tiene derecho a plena indemnización. Nuestro Código señala esta regulación de justicia, aún para el caso de que uno de los contratantes haya sido incapaz: el artículo 1701 dice expresamente: "Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni éste ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad relativa", de donde se sigue, evidentemente, que la otra parte sí tiene ese derecho que impone la equidad. Más directamente, el artículo 1700 declara que el cesionario de un derecho puede alegar la nulidad relativa.

64.14. La cesión transfiere, juntamente con el derecho cedido, **las garantías** y todo lo que lleva anexo, salvo lo rigurosamente personal. El artículo 1847 dice: "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente". Y en concordancia con esto, el artículo 2372 declara: "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera".

64.15. Borda enseña que "el cedente tiene **beneficio de excusión**: el cesionario debe cobrar primero al deudor y embargar sus bienes y aprovechar de las garantías; si esto no basta, cobrará al cedente, salvo quiebra del deudor". Tendríamos que añadir, conforme a nuestro sistema, que el cedente queda liberado de esa responsabilidad subsidiaria si ha transferido realmente una deuda existente y de un deudor que era solvente al momento de la transferencia, ya que solamente a esto le obliga nuestro Código. Además, el cedente no puede ser obligado a indemnizar a un cesionario que por su propia culpa, por no cobrar oportunamente o no valerse de las medidas cautelares que tenía a su alcance, haya perdido su crédito.

64.16. Entre los accesorios de un crédito pueden contarse **los intereses.** Las partes tienen libertad de disponer respecto de este asunto, y si no lo hacen, se ha de entender que los intereses futuros pertenecen al cesionario,

pero los ya vencidos al momento de la cesión, si no se dispone otra cosa, pertenecen al cedente.

65. Efectos de la cesión en las relaciones del cesionario con el deudor y terceros

65.1. Queda dicho que las relaciones entre cedente y cesionario se producen desde que existe la cesión, o sea desde que se entrega el documento con la nota de cesión. En cambio las relaciones entre el cesionario y el deudor o terceras personas solamente surgen desde el momento en que se realiza la **notificación** La notificación completa, pues, la cesión no en cuanto a su misma existencia y validez como contrato, sino en cuanto a los efectos respecto de estas otras personas.

65.2. Efectivamente, para el deudor nada cambia mientras no se le notifique la cesión: es una *res inter alios gesta* **-cosa realizada entre otros-**, que no puede vincularse sin tener conocimiento de ello.

La consecuencia primera consiste en que el deudor puede pagar su deuda al primitivo acreedor y quedar liberado, mientras no se le haya notificado la cesión.

La segunda parte de esta consecuencia es igualmente clara y evidente: el deudor no puede quedar liberado de su deuda pagando a otra persona, antes de que se le haya notificado la cesión.

65.3. Pero si paga el deudor a otra persona **antes de la notificación** y esa persona realmente era cesionario, el pago surte igual efecto que si se hubiera hecho la notificación. Efectivamente, ya existía el traspaso del derecho a favor del cesionario; ya perdió su derecho de cobrar el cedente; y puesto que el deudor paga, es porque de algún modo ha conocido el traspaso del derecho y a nadie perjudica pagando, sino que cumple su obligación y queda liberado.

65.4. El artículo 1842 dice: "La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste". La notificación que debe hacer el cesionario consiste en la exhibición del título con la nota de cesión conforme precisa el artícu-

lo 1843, pero si el deudor fuera, por ejemplo, notificado por el cedente o de otra manera conociera de la cesión, nada impide que cumpla su obligación y por esto, el artículo 1842 equipara a la notificación, la **"aceptación"** del deudor; ésta no es un nuevo requisito necesario, que se agregue a la notificación, sino que puede reemplazar a la notificación.

65.5. Notificado el deudor puede aceptar expresamente, o tácitamente, cumpliendo su obligación; puede también **presentar sus objeciones o reservas**, tales como la de que el crédito es intransferible, por haberlo así pactado con el acreedor o por su misma naturaleza, o bien que ya se extinguió la obligación por pago anterior, prescripción u otra forma. Por esto se refiere la ley a la "aceptación", más bien porque puede surgir una "no aceptación" o una aceptación con reservas, como cuando el deudor deja constancia de las excepciones personales contra el primer acreedor y que podrá alegar contra el nuevo acreedor.

El artículo 1845 se refiere a esta aceptación y dice que "consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.", es decir que la ley se refiere sólo a la aceptación tácita, pero nada impide, desde luego, que dicha aceptación sea expresa.

65.6. Las posible **reservas del deudor** están previstas en el artículo 1675: "El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación, al cesionario, los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente. Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación".

65.7. Además de las relaciones entre el cesionario y el deudor, que hacen por la notificación o aceptación, éstas producen también efectos respecto de terceros, a los cuales alude el artículo 1846: "Al no haber la notificación o aceptación sobredichas, podrá el deudor pagar al cedente, o (podrá) embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente, respecto del deudor y terceros".

Por tanto, se desprende naturalmente que una vez hecha la notificación o aceptada la cesión por el deudor (de modo expreso o tácito), se presume que el crédito existe en manos del cesionario, y puede éste demandar al deudor. Igualmente se deduce que, desde la notificación o aceptación, los terceros acreedores del cesionario podrán embargar el crédito. Antes de la cesión este embargo pueden solicitarlo los acreedores del cedente; y después de la notificación o aceptación del deudor, son los acreedores del cesionario los que tienen ese derecho de embargar el crédito. Pasó, pues de unos terceros a terceros el derecho, en virtud de la notificación al deudor.

65.8. Juntamente con los derechos cedidos, se transfieren **las acciones** para defenderlos, pero en algunos casos se produce alguna notificación cuando las acciones tienen un carácter más personal. Tal sucede en la compraventa, en que se da al vendedor la opción entre exigir el pago o que se resuelva el contrato a falta de cumplimiento por el comprador; entonces, si el vendedor cede su derecho, el cesionario podrá exigir al deudor (comprador) el cumplimiento de su obligación, pero como el cedente tenía el derecho de optar entre las dos acciones, estas dos pasarán al cedente, sólo si expresamente así se ha convenido y siempre que no haya ejercitado ya su opción el vendedor, puesto que si ya demandó la resolución, no podrá el cesionario ir por la otra vía, la de demandar el pago del precio, y viceversa, si ya se demandó pago del precio. Una sentencia de la Corte Suprema así lo ha resuelto: "Para que un cesionario del vendedor pueda ejercer la acción resolutoria contra el comprador, es indispensable que el vendedor se la haya transmitido, determinadamente, verificando él mismo la elección y renunciando al cobro del precio, o que haya transferido legítimamente ambos derechos, el de exigir el precio o la resolución de la venta, a fin de que el cesionario elija, de las dos acciones incompatibles, la que tuviere a bien. No teniendo, pues, el cesionario la facultad de liberar al comprador de la obligación de pagar el precio, en virtud de sólo una escritura en que se expresa en términos generales, que el vendedor cede sus derechos y acciones de tal, tampoco se puede deducir la acción resolutoria, que presupone el ejercicio de la sobredicha facultad".

Otro ejemplo de la necesidad de concretar la cesión de ciertas acciones tenemos en la siguiente sentencia: "Los derechos y obligaciones resultantes del remate de impuestos municipales y la correspondiente garantía

rendida, no pueden ser extinguidos o alterados por la mera voluntad de una de las partes en perjuicio de la otra. La cesión que el asentista hace de sus derechos, aunque pudiera surtir efectos entre cedente y cesionario, no establece nexo jurídico alguno entre el Municipio y el segundo de ellos, si se comprueba que la mentada corporación no facultó la cesión, ni verificada ésta, la aceptó; debiendo considerarse en este caso al cesionario como recaudador del asentista y sin derecho de intentar sus reclamaciones contra el Municipio, lo que le corresponde únicamente al asentista, que conserva la calidad de tal, no obstante el traspaso indebido de sus derechos. Además, equiparado el asentimiento al arrendamiento, para que la cesión de derechos del asentista surta efectos legales, se requiere que el Municipio haya concedido al asentista la facultad de ceder el contrato".

65.9. La **eficacia de las reservas** que puede hacer el deudor frente a la notificación, se reconoce en ésta, entre otras sentencias: "El no haberse citado el traspaso del crédito con anterioridad al auto de pago, sólo habilita al deudor para pagar al cedente; y el hecho de haber presentado observaciones inmediatamente de notificada la cesión, le permitiría oponer, en compensación, al cesionario, los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente".

65.10. Al trasladarse junto con el derecho cedido, las acciones correspondientes, el cedente queda realmente al margen de la relación jurídica, ya es un tercero frente al cesionario y el deudor; por esto, si surge un juicio entre los dos nuevos sujetos, el cedente es ajeno a dicho juicio. Pero la **jurisprudencia y la misma ley han evolucionado** en este punto, porque antiguamente se sacaba la conclusión de que el cedente no podía ser llamado a confesar, sobre las anteriores relaciones con el deudor, mientras que, posteriormente se ha abierto campo la nueva disciplina por la que el cedente sí puede ser llamado a juicio y su declaración tiene valor de confesión en cuanto a la existencia de hechos o situaciones que permitan al deudor oponer contra el cesionario las excepciones que habría opuesto contra el primer acreedor.

Así es como tenemos varias sentencias del siglo pasado en las que se sigue la primera teoría, y otras más modernas que siguen la segunda, a la que corresponde una reforma de la ley procesal. Leemos en una de las primeras: "En el juicio entre el cesionario y el deudor, el cedente no puede ser

considerado como parte. Por lo mismo, no hace fe, como confesión, lo declarado por el cedente". Correlativamente, el cesionario, que no tiene más derechos que los que tuvo el cedente, no puede reputarse como tercero para efectos probatorios de un documento.

Después de la reforma procesal, en cambio, se han dictado numerosas sentencias en el sentido de que el cesionario de derechos o créditos personales representa al cedente, y éste debe ser considerado como parte de la relación jurídica objeto de la cesión, de modo que en el juicio entre el cesionario y el deudor, el cedente puede ser llamado a confesar sobre sus propios hechos, lo cual servirá al deudor para hacer valer contra el cesionario las excepciones que habría planteado contra el cedente, antes de la cesión.

65.11. Los efectos de la cesión están naturalmente **llamados a ser perennes**, pero, accidentalmente pueden cesar y aún se puede retrotraer toda la relación a su primitivo estado. Esto sucederá si la cesión es declarada **nula o si se resuelve** por el incumplimiento de una de las partes. Así lo reconoce también la jurisprudencia nacional, por ejemplo, en esta sentencia: "Cedido el crédito, precio de un inmueble, el cedente no puede demandar, por falta de pago del precio, la resolución del contrato de compraventa. Resuelto el contrato de cesión, las cosas vuelven al estado de derecho en que se encontraban antes de la cesión. Por lo mismo, a no alegarse y probarse el haberse alterado, durante la cesión, el estado jurídico del crédito, el vendedor cedente, resuelta la cesión, puede ejercer todos los derechos provenientes de la naturaleza del contrato de compraventa".

65.12. Ni **el crédito ni las acciones judiciales** que lo resguardan **se alteran** por la cesión, salvo en los aspectos puramente personales e intransferibles del cedente. Un crédito personal cualquiera, por el mero hecho de cederse a una institución que goza de jurisdicción coactiva, no somete a dicha jurisdicción al deudor; la referida jurisdicción nace de la constitución del crédito y no puede surgir simplemente por la cesión; ni sería justo que el deudor quede sometido a un jurisdicción distinta de la normal por un hecho del acreedor y sin haber podido prever esta consecuencia en el momento de contraer la obligación.

65.13. El artículo 2256 del Código Civil establece la diferencia entre las **excepciones reales y personales** y las explica con ejemplos, añadiendo en el inciso segundo "son excepciones reales las inherentes a la obligación principal", lo que significa que todo hecho que se refiera a ésta, es materia de excepción real. De suponerse lo contrario, se llegaría a la conclusión de que a una letra de cambio endosada, pagada total o parcialmente al endosante, no se podría oponer la excepción de pago y que el deudor tiene que abonarla dos veces, no obstante presentar prueba plena de la extinción de la deuda o pago parcial, lo que evidentemente repugna al sentido de justicia. Precisamente para evitar que por medio del endoso se perjudique a los deudores, se dictó la reforma del artículo 147 del Código de Procedimiento Civil, por la cual se obliga a confesar al cedente de un crédito "respecto de los hechos ocurridos en el tiempo en que fue acreedor o tenedor del título de crédito", confesión que hace plena prueba para toda clase de obligaciones.

65.14. Dentro del conjunto de acciones que se transfieren al cesionario, se comprenden aquellas para **resarcirse en caso de haber perecido** la cosa". Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, dice el artículo 1693 del Código Civil, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos y acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa".

65.15. Cuando se ha **cedido solamente una parte del crédito**, no podrá el cesionario valerse de las preferencias que corresponden a la totalidad y la responsabilidad del cedente se limita a lo previsto en la regla general (la existencia del crédito y la solvencia del deudor al momento del contrato), salvo que las partes hayan extendido a más la responsabilidad del primer acreedor.

65.16. Si se han producido **varias cesiones sucesivas** pero la primera de ellas no produjo efectos frente al deudor por carencia de notificación, tampoco las subsiguientes pueden obligarle ante los nuevos cesionarios.

5.17. En cambio, si el cedente originario ha transferido el mismo crédito, primero a una persona por medio de escritura pública y en segundo lugar a otra persona, mediante la nota de cesión y la entrega del título con notificación al deudor, deja a éste autorizado para cancelar su deuda al segundo

quien ha recibido la **posesión legal del título** y puede hacer valer su derecho. En este sentido hay una sentencia ecuatoriana de principios de siglo y otra interesante sentencia de Casación de Colombia.

66. Cesiones sometidas a leyes especiales

66.1. La regla universalmente admitida y contenida en el artículo 12 del Código Civil, se aplica también en materia de cesión de derechos: ciertas leyes especiales regulan determinadas cesiones, y éstas naturalmente se sujetan a tales reglas que **prevalecen** sobre las de índole más general como son las ya estudiadas y contenidas en el Código Civil.

El artículo 1849 dice: "Las disposiciones de este Título no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales".

66.2. Nada impide, sin embargo, que las normas civiles se consideren y se apliquen como **supletorias** en los puntos en que las leyes especiales no dispongan algo. Tampoco se excluye -como veremos en un ejemplo-, que en ciertos casos se tengan que aplicar las reglas civiles en una parte de una relación jurídica y en otra, las específicas de una materia concreta.

Varias sentencias de la Corte Suprema han aplicado el principio indicado, por ejemplo a las concesiones administrativas que, según ley anterior, permitían ceder a particulares la recaudación de impuestos.

66.3. En cuanto a los **pagarés y letras de cambio**, la diferencia más notoria, consiste en que la cesión, regulada por el Código de Comercio, no exige la notificación al deudor para que produzca efectos respecto de él. Sobre esto hay numerosas sentencias antiguas y más modernas.

66.4. Un caso en el que considero que debían haberse aplicado las **normas civiles y las comerciales**, fue resuelto por la Corte Suprema de la siguiente manera, aunque con un importante voto salvado: "Siendo la acción el medio de hacer valer un derecho, es necesario establecer si éste ampara al reclamante y, en el presente caso, como el actor se basa en un contrato de compraventa de acciones, fundamento ilegal, ya que tratándo-

se de acciones nominativas la propiedad se transmite por cesión. En consecuencia, el demandante no tiene derecho a invocar una acción derivada de un contrato legalmente inexistente, más aún, si se considera lo previsto en los artículos 181 y 182 de la Ley de Compañías. Pero, como en sus exigencias agrega que se obliga al demandado "a la transferencia por cesión de esas acciones vendidas", lo hace como secuela de la petición primera. Sin embargo, se puede enmendar el error de derecho de calificar de compraventa esta negociación y suponer que se trata de cesión, lo que conduce a examinar si el demandado está o no en la obligación de ceder las acciones nominativas. De acuerdo con el artículo 204 del Código de Comercio, la cesión no es meramente consensual como la compraventa, sino estrictamente formal y aún en el campo civil no se perfecciona sino en virtud de la entrega del título (Art. 1841 del Código Civil). Si no hay contrato perfeccionado de cesión por lo dispuesto en el artículo 1570 del Código Civil, la promesa de celebrarlo no produce obligación alguna, salvo la concurrencia de determinadas circunstancias que hagan posible la aplicación del artículo 1568 del Código Civil, y no habiéndose pagado el valor de las acciones en la forma estipulada, mal puede exigirse la cesión de la misma, y no habiendo contrato perfeccionado ni promesa de su celebración que cumpla las exigencias de la ley, tampoco puede prosperar la acción judicial en la forma propuesta: "Hay un voto salvado del Dr. Moreno Loor. Por mi parte, considero que no es acertado hablar de inexistencia de la compraventa y que más bien podía admitirse la validez de ese contrato civil, en el que el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida, cuya tradición debía cumplirse mediante la cesión comercial de las acciones, aplicando el Código de Comercio, al cumplimiento de una obligación civil.

67. Cesión de derechos sucesorios

67.1. El segundo párrafo del Título XXIV, dice "Del derecho de herencia", y comprende los artículos 1850 y 1851. En realidad se pueden aplicar estas normas a la cesión tanto de los derechos que tenga el heredero como el legatario, por lo que resulta más exacto hablar de **cesión de derechos sucesorios.**

67.2. Habría sido deseable que el Código dispusiera aquí expresamente **la forma** en que debe realizarse la cesión de estos derechos, pero no hay ninguna regla al respecto en los dos mencionados artículos. Todo este

parágrafo segundo trata de los peculiares efectos de esta cesión, pero no de la forma o solemnidades. Esto origina un problema: ¿Se deben aplicar los artículos referentes a la forma de la cesión de derecho en general, o para el caso de la cesión de derechos sucesorios se tendrá en cuenta lo ordenado por el parágrafo 3o, del Título VI del Libro II De la Tradición?

67.3. El artículo 702, contenido en el Título De la Tradición, dispone que la **tradición** del dominio de bienes raíces y de los derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbre e hipoteca, se debe hacer mediante la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad. No se menciona aquí al derecho de herencia, que por consiguiente, no entra en esta disposición específica para la tradición.

El artículo 714 del mismo mencionado Título, tampoco es aplicable a la herencia, ya que se refiere exclusivamente a los "derechos personales", los que se deben ceder "mediante la entrega del título, hecha por el cedente al cesionario", lo cual concuerda con lo dispuesto en el Libro IV, en el artículo 1841, el que además agrega: La cesión de crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título.

67.4. Por consiguiente, la cesión de un derecho sucesorio **tendría que seguir la regla general de la cesión**, y solamente la tradición de inmuebles contenidos en la herencia o legado cedidos, debería inscribirse en el Registro de la Propiedad. La cesión tiene naturaleza de contrato, y se efectuó por el consentimiento de las partes expresado en la forma legal que consiste en la entrega del título (documento), y la eficacia de esta cesión proviene de la tradición del derecho: si se trata del dominio de muebles, mediante la entrega material; si el objeto de la cesión es el dominio u otro de los derechos reales mencionados en el artículo 702 de la cesión es el dominio u otro de los derechos reales mencionados en el artículo 702 (usufructo, uso, habitación, servidumbre o hipoteca, por medio de la inscripción en el Registro, y en el caso de la herencia hay que distinguir si la cesión es a título de venta o a título gratuito. Si el título es oneroso -venta o permuta-, el artículo 1764 establece que "la tradición se sujetará a las reglas dadas en el Título VI del Libro II; en cuanto a la donación (título gratuito mediante el cual se puede ceder un derecho de herencia), según el artículo 1416: "No valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de

bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el correspondiente registro".

67.5. De las normas transcritas se deduce que la cesión de una herencia (que no es "una especie de bienes raíces", sino un derecho universal), **no tiene necesariamente que inscribirse**. Se debe inscribir el testamento, conforme lo ordena el artículo 704 y también, según este mismo artículo, "los derechos reales mencionados en el artículo 702", entre los cuales no se incluye el derecho de herencia.

67.6. Varias sentencias de la Corte Suprema han abordado este difícil asunto, **resolviéndolo de diversa manera** o con votos salvados que acentúan la duda sobre qué normas prevalecen al respecto.

Así, una sentencia antigua dice: Los artículos del párrafo 2o. del Título 25 (hoy 24) del Libro IV del Código Civil, no tienen por objeto determinar la forma de ceder los derechos hereditarios, sino que sólo exponen los efectos de esta cesión. El inciso 2o. del artículo 1791 (actual Art. 1740) y el artículo 1889 (actual Art. 1862) ordenan que la venta y el cambio de una sucesión hereditaria se perfeccionen por escritura pública. En el caso cuestionado, la cesión se ha hecho a título oneroso e importa propiamente una dación en pago, que es verdadera venta".

En otra sentencia se declara respecto de un legado: "Siendo, como es, el legado, un crédito personal, la cesión que de él se haga debe ceñirse a las formalidades prescritas en el parágrafo 1o. del Título 25 del Libro IV CC. A no observarse dichas formalidades, la cesión no surte efecto entre el cedente y el cesionario, y no tiene éste derecho para pedir el pago del legado". En idéntico sentido, hay otra resolución de 1910. Y una tercera, con ligera variante, por tratarse de derechos, además de hereditarios, litigiosos, también resuelve la aplicación de las normas del Título de la Cesión.

En cambio, ya mencioné, al tratar de la compraventa (concretamente de la obligación que el vendedor tiene de entregar la cosa vendida), la sentencia de 1933, en la que la mayoría consideró que la cesión de bienes hereditarios, si tiene por título la venta, debe hacerse mediante escritura pública y la inscripción es indispensable para la tradición; mientras que el voto salvado del Dr. Manuel Escudero, afirma que, en los artículos relativos a la

tradición, no se menciona la herencia como uno de los derechos que requieran inscripción y por tanto la tradición se efectúa mediante la escritura pública en la que figura la voluntad de las partes de ceder y recibir ese derecho.

A los argumentos ya examinados, se suma la consideración de que el artículo 1740, al tratar de la forma de la compraventa dice: "La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces, servidumbres y la de la sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha inscrito la escritura pública, o conste, en el caso de la subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito"; por tanto, la venta de una herencia sí se reputa perfecta desde que se otorga por escritura pública, y no se perfecciona solamente a partir de la inscripción; ésta, la inscripción, se requiere para la tradición de bienes inmuebles, pero la herencia no es un bien inmueble sino una universalidad, en la que pueda haber uno o más inmuebles o no haber ninguno. Tampoco se requiere inscribir la cesión de bienes, regulada por los artículos 1630 a 1640 del Código Civil, para que el deudor pague con la universalidad de sus bienes a los acreedores, y de modo similar, la cesión de la herencia no tiene necesariamente que ser inscrita en el Registro, produciéndose la tradición por el hecho de otorgar la escritura pública de venta o cesión por venta. Además, si fuera necesaria la inscripción, tendría que realizarse en los Registros de todos los cantones donde existan inmuebles de la sucesión, o en ninguno, si no hubiera tales bienes raíces; pero, lo que se cede, no son bienes concretos (que se puede incluso desconocer cuales y cuántos sean al momento del contrato), sino el derecho mismo de recibirlos por herencia, por ese modo y título (a la vez) que es la herencia. En este mismo sentido hay también otra sentencia.

67.7. En cuanto al **efecto de la cesión de un herencia** o legado, el artículo 1850 es muy claro: "El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o legatario". Parece, además, que si la cesión es a título gratuito con mayor razón la responsabilidad del cedente se ha de limitar al mero *nomen*, a la circunstancia de existir el derecho que se cede, por ser realmente heredero o legatario el cedente.

67.8. La cesión de la herencia lleva consigo el traspaso de los **accesorios del derecho** cedido y de las acciones para hacer efectivos tanto la herencia misma como esos frutos y accesiones. El artículo 1851 dice: "Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos, o percibido créditos, o vendido efectos hereditarios, estará obligado a rembolsar su valor al cesionario. El cesionario, por su parte, estará obligado a indemnizar al cedente los costos necesarios o prudenciales que éste haya hecho en razón de la herencia. Cediéndose una cuota hereditaria, se entiende cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan ella, salvo que se haya estipulado otra cosa".

67.9. La **jurisprudencia** ha confirmado y aplicado estas claras disposiciones: "Representa el heredero a su instituyente y le sucede en sus obligaciones y derechos, por la aceptación de la herencia, desde que se la defiere. Cedida por el heredero la herencia, cedidas quedan, con los derechos, las obligaciones del instituyente; y en este caso, el cesionario, dueño definitivo de la herencia, y no el heredero, es quien pide la partición e interviene adquiere las cuotas hereditarias que acrezcan a la herencia, quien paga las deudas de ésta. Cedida, el heredero desaparece, y no ha de ser él quien pague las deudas hereditarias, sino el cesionario de la herencia. La sustitución de un nuevo acreedor a otro produce novación, si el acreedor lo consiente; pero no es aplicable esta disposición a la cesión de la herencia, porque siendo ésta la obligada al pago de las deudas del difunto, ha querido la ley que los acreedores lo exijan a quien la posea".

La cesión de las acciones judiciales aparece también clara en otra sentencia: "El comprador de los derechos y acciones de una sucesión, se pone en lugar del vendedor. Si el vendedor no ha hecho objeción alguna a la partición y se ha pronunciado sentencia no puede el comprador presentar ninguna objeción después de expedido dicho fallo". O sea que el cesionario continúa la personalidad jurídica del cedente y no puede, en el ámbito judicial, cuanto pudo el cedente y no más.

67.10. Naturalmente que, aunque el cedente garantiza su condición de heredero, esto no quita que para cobrar sus derechos el cesionario **tenga que probar** la existencia de la herencia, comenzando por demostrar que se ha abierto una sucesión, que ha muerto el causante, y que el cedente tenía derecho a sucederle; en esta prueba será auxiliado por el cedente o

bien éste se encargará totalmente de esa demostración, sin que baste el mero hecho de haber cedido su derecho.

67.11. La doctrina, siguiendo los dictados de la equidad, afirma que en caso de que el que se **creía de buena fe heredero**, resulte no serlo, solamente estará obligado a devolver lo que recibió por la cesión de su derecho, pero sí actuó de mala fe, esto es, a sabiendas de no tener derecho sucesorio, entonces tendrá que indemnizar plenamente al cesionario perjudicado.

68. Cesión de derechos litigiosos

68.1. El parágrafo 3o. del Título que estamos comentando presenta parecidas dificultades de interpretación a las indicadas a propósito de la cesión del derecho sucesorio. Tampoco aquí se señala **en qué forma** se debe realizar la cesión y se concreta el Título (Arts. 1852 a 1855), a los efectos de la cesión.

El objeto de esta peculiar cesión son los "derechos litigiosos", es decir, aquellos que **están actualmente sometidos a disputa judicial**, no, los simplemente controvertidos o dudosos o sobre los que exista una amenaza de acción judicial.

68.2. El artículo 1852 **define** con precisión: "Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del cual no se hace responsable el cedente". Es evidente que debe existir la litis y que quien ceda "el evento incierto", debe ser parte del juicio, sea como actor o como demandado. Por analogía con lo dispuesto en el parágrafo segundo, podemos decir que el cedente únicamente se responsabiliza de que realmente existe la litis y él es parte; nadie puede garantizar que ganará el juicio y no puede cederse lo que no se tiene, de allí, que se transmita solamente un "evento incierto".

68.3. El artículo 1853, contiene una expresión que considero equivocada: "Es indiferente que la cesión haya sido a título de venta o de permuta, y que sea el **cedente o el cesionario** el que persigue el derecho". Encuentro errado decir "que el cedente o el cesionario" puedan perseguir el derecho: indudablemente el cedente es quien debe estar persiguiendo el derecho, pues de otro modo nada podría ceder. Él debe ser parte del juicio

y en cambio no tiene nada que ver el cesionario. El cesionario llega a ser parte, precisamente por la cesión porque el cedente le transmite su derecho litigioso y por esto el cesionario le reemplaza en el juicio y entra a ser parte. Tal vez ha querido decir el Código que es "indiferente que la cesión se haga en calidad de actor o de demandado", pero esto es muy distinto. Otra interpretación posible de esta oscura expresión sería que "es indiferente que el cesionario y sea parte del juicio por otro título"; por ejemplo, en un juicio en que hay varios actores o varios demandados, uno de ellos puede ceder sus derechos a los otros copartícipes en la litis, entonces puede incluso concretarse en un solo actor o un solo demandado, por haber adquirido éste por cesión, los derechos de sus colegas de juicio. Una tercera posible interpretación sería: tanto el cedente como el cesionario podrán perseguir el derecho de la misma manera, con las mismas oportunidades que les brinda el proceso (pruebas, apelaciones, recusación del juez, etc.), pero esta interpretación no se atiene al tenor literal, ya que debería decirse "es lo mismo que el cedente o el cesionario persiga el derecho", y no "persigue el derecho", y dada la calidad académica de Don Andrés Bello, no se puede pensar en que se trate de un error gramatical.

68.4. Señala también la ley, **desde qué momento** hay "derecho litigioso". Dice el segundo inciso del artículo 1852: "Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se cita judicialmente la demanda".

Planiol y Ripert, con referencia al derecho francés, dicen que para que haya derecho litigioso se requiere: 1. Que el juicio esté entablado y no se haya terminado. No hay litigio en los juicios de jurisdicción voluntaria o en los arbitrajes; 2. No basta que se hayan iniciado medidas precautorias, o reconvención previa; 3. El litigio puede ser sobre el fondo del derecho o sobre pago liberatorio, pero no cuando sólo se objeta competencia u otras excepciones dilatorias formales. Pienso que estas precisiones se podrían aplicar a nuestro sistema jurídico.

68.5. Una sentencia de la Corte Suprema ha precisado que: "Hay derecho litigioso, desde que se cita judicialmente la demanda, pero si el **juicio es anulado**, la cesión que se haya hecho no puede valer para un nuevo juicio; ha de ser el demandante originario quien reinicie el pleito".

68.6. El Código de Procedimiento Civil dispone, en el artículo 1031, que las demandas que versen sobre la posesión o dominio y algunos otros derechos reales sobre inmuebles, se inscriban en el Registro de la Propiedad, así como las demandas sobre derechos en vehículos, deben inscribirse en la jefatura de tránsito; pero estas inscripciones no impiden la cesión de los derechos litigiosos y el mismo artículo establece que: "el fallo que en el litigio recayere tendrá fuerza de cosa juzgada contra el adquirente, aunque éste no haya comparecido en el juicio". Se reconoce, pues, la **eficacia de la cesión del derecho litigioso.**

Pero el mismo artículo 1031, también sobreentiende que la cesión del derecho litigioso debe ser notificada a la otra parte en el juicio, ya que dice: "Si el vendedor (de la cosa sobre la que se litiga, se debe entender), citado con la demanda, no diere aviso al comprador del litigio sobre la cosa que se vende, será culpable de fraude, demás de los daños y perjuicios causados por el comprador. Se presumirá la falta de dicho aviso si no hay constancia de ella en el instrumento de compraventa". Ya que la venta material de la cosa sobre la que se litiga debe ser notificada, con igual razón se requiere dar aviso de la cesión del derecho litigioso, que en último término producirá un efecto similar de traspaso del dominio u otro derecho sobre la cosa disputada en juicio.

68.7. El artículo 1032 del Código adjetivo Civil dice: "En el caso del artículo anterior, si se presenta el adquirente, la parte contraria podrá exigir que también se **siga contando con el antecesor.** En este último caso, el antecesor y los sucesores en el derecho deberán constituir un solo procurador en el juicio, y serán solidariamente responsables del cumplimiento del fallo y de las costas en que fueren condenados". Me parece menos claro que en el caso del artículo anterior, que esto pueda aplicarse también a la cesión de derechos litigiosos, porque la finalidad de esta institución es precisamente reemplazar a una de las partes del juicio, y el derecho que se confiere aquí, es el de agregar otra persona responsable, no sustituir.

68.8. La cesión de derechos litigiosos puede tener **como fundamento un título** "de venta o permuta", según el artículo 1853 del Código Civil; pero además de estos dos títulos onerosos, no se ve inconveniente que pueda producirse por otro título oneroso como es la dación en pago: ni se excluye la cesión a título gratuito: el mismo Código habla en el artículo 1854 del

caso de "las cesiones enteramente gratuitas". Debemos concluir que la cesión de derechos litigiosos cabe a cualquier título.

10.9. Lo peculiar de la cesión de derechos litigiosos consiste en el **carácter incierto** del derecho cedido: no se puede saber si se ganara o no el juicio, o hasta qué punto o en qué cuantía se reconocerá el derecho que se pretende tener.

Esta incertidumbre se presta a la especulación: comprar una litis en precio vil y luego recibir derechos cuantiosos; no sería equitativo, se prestaría para la explotación del que se halle necesitado de recursos, y por esto el derecho sale al paso de este posible abuso y limita los derechos que adquiere el cesionario, de modo que no pueden superar el monto de lo que él haya pagado más los intereses desde que se haya notificado la cesión al deudor.

Así lo establece el artículo 1854 en su primer inciso: "El deudor no estará obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor". Nótese que aquí aparece la necesidad de la notificación al deudor, para que la cesión produzca efectos frente a él, como es norma general en toda cesión de derechos. El cesionario no puede, por esta justa norma, enriquecerse sin causa y solamente puede adquirir un derecho pagando su justo precio: sólo hasta el monto de ese precio recibirá el derecho, con el añadido de los intereses a los que justamente tiene también derecho.

10.10. Pero hay una **serie de excepciones** a la regla contenida en el primer inciso del artículo 1854. En primer término, no es aplicable la norma al caso de la cesiones gratuitas "enteramente gratuitas" dice el inciso segundo -y esto es obvio-, ya que si se aplicara a ellas, en realidad nada podría recibir el cesionario, puesto que nada ha dado en compensación. La segunda excepción, consiste en "las cesiones que se hagan por el ministerio de la justicia", como serán las subrogaciones que decrete el juez con fundamento legal. En tercer lugar: "las que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión", como sería el caso de un derecho hipotecario, que es anexo o accesorio a un derecho principal de dominio, o bien, las servidumbres prediales de un bien raíz cuyo usufructo o dominio se discute, etc.

10.11. Además de estas tres salvedades, el mismo artículo 1854, señala **otras tres excepciones** a la limitación del derecho del cesionario, es decir, casos en los que el cesionario puede obtener un derecho más amplio o valioso que lo que ha dado para adquirirlo. Es el caso de las cesiones hechas: "1. A un coheredero o copropietario por un coheredero o copropietario de un derecho que es común a los dos". Aquí se manifiesta la ley favorable a la integración de la titularidad de los derechos en manos de una sola persona; y se considera que se debe facilitar las transacciones entre coherederos o copropietarios, quienes se tendrán también especial consideración. 2. "A un acreedor, en pago de lo que le debe el cedente". También en este caso se favorece la simplificación de las relaciones jurídicas, el pago de las obligaciones o su extinción por confusión y se facilita la negociación de cesión de derechos litigiosos con miras a que el acreedor quede pagado y el deudor pueda obtener alguna rebaja de su obligación. 3o. "Al que goza de un inmueble, como poseedor de buena fe, usufructuario o arrendatario, cuando el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble". Como en las excepciones anteriores, esta norma se inspira en un sentido práctico de favorecer el legítimo disfrute del derecho y de recompensar de alguna manera al que facilita esta solución: puede pagar algo menos de lo que vale el derecho y obtener una ganancia. No se indican límites a esta moderada especulación y ha de ser apreciada equitativamente por el juez en caso necesario.

10.12. El límite impuesto al derecho del cesionario frente al deudor (con las excepciones ya explicadas), supone un barrera artificial a la libre negociación, la misma que en general es muy respetada por el Código, por esto, **ese límite es precario, caduca en un plazo brevísimo** de sólo nueve días desde la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia. Solamente en este corto tiempo, el deudor puede alegar este beneficio que limita el derecho del cesionario al monto de lo dado por él (más los intereses), y si no hace su reclamación el deudor, dentro del plazo de nueve días, caduca su beneficio y el cesionario podrá exigirle todo el derecho o todo el pago, aunque supere la cuantía de lo gastado por el cesionario para adquirir ese derecho.

10.13. Esta institución que consiste en limitar el derecho del cesionario y que nuestro Código califica de **"beneficio"** para el deudor, en realidad tiene cierta analogía con el beneficio de competencia. En otros sistemas

jurídicos, como en Francia, se califica de "derecho de retracto"; he aquí como lo describe Planiol: "Cuando un derecho litigioso ha sido vendido, el tercero contra quien existe ese derecho (poseedor del inmueble o mueble, deudor del crédito, etc.), puede substituirse al comprador reembolsándole el precio de compra y ciertos gastos accesorios: esta sustitución tendrá como resultado que, conforme al artículo 1699 (CC Francés), el tercero, contra quien el derecho litigioso exista, quedará "liberado" *(quite)* respecto al comprador. Como señala con claridad y acierto una sentencia de la casación colombiana, en los casos del llamado "retracto litigioso", el cesionario llega a ser actor y demandado, acreedor y deudor, por lo que la obligación se extingue por confusión.

CAPÍTULO XIII
LA DONACIÓN ENTRE VIVOS

69. Noción, naturaleza y definición de la donación entre vivos

69.1. En esta obra se ha tratado ya de las donaciones, con especial referencia a las donaciones por causa de muerte y a las donaciones por causa de matrimonio. Sobre estas segundas, para indicar que son donaciones entre vivos, pero que se rigen en cuanto a la forma, por las normas de las donaciones entre vivos y en cuanto a los efectos, a las reglas de las sucesiones por causa de muerte, con ciertas excepciones. Ahora fijaremos la atención en las **donaciones irrevocables** o sea, entre vivos.

69.2. Efectivamente, hay que recordar la gran distinción existente entre donaciones **revocables e irrevocables**. Entre estas dos categorías, se sitúa una tercera, que participa de las características de una y otra: la **donación entre cónyuges.** Y también constituye una cuarta categoría de donaciones, muy peculiar, **la donación por causa de matrimonio**.

69.3. Estas cuatro clases de donaciones tienen en común el ser figuras jurídicas que sirven para **transferir gratuitamente** el dominio u otros derechos de una persona a otra.

69.4. Esta **gratuidad** caracteriza a toda donación, si bien, en algunos casos, la figura se desvirtúa un tanto, por la existencia de alguna carga que hace de lo naturalmente gratuito, algo con mezcla de oneroso. Si la carga, obligación o prestación recíproca que debe el donatario al donante llega a igualar o superar el valor de la cosa aparentemente donada, en realidad ya no hay donación, sino otro negocio jurídico, oneroso y no gratuito, y, por tanto, ya no es donación.

69.5. La otra característica de toda donación, consiste en la **liberalidad**. El ánimo liberal, es algo subjetivo, a diferencia de la gratuidad que, se refiere objetivamente a que no se da una cosa a cambio de otra. Tiene ánimo liberal quien busca, real o por lo menos aparentemente, hacer el bien, beneficiar a otro. El donante, por definición no persigue un enriquecimiento personal, sino que enriquece a otro; se desprende de un objeto o de un derecho, para que goce de él otra persona. Savigny llegó a caracterizar la donación como el negocio jurídico por el cual una persona se empobrece para que otra se enriquezca. La liberalidad, es propiamente la **causa jurídica** de la donación. Por esto, aunque tiene mucho de subjetivo, lo que interesa es que propiamente justifica la transferencia de los derechos de manera no onerosa, gratuita: por mera liberalidad.

Por esto, no se debe confundir la gratuidad con la liberalidad, ni la donación se identifica a cualquier otro acto gratuito. Son naturalmente gratuitos el depósito, el mandato, el comodato, y no constituyen donaciones; pueden realizarse por ánimo liberal, otros actos de beneficencia que tampoco son propiamente una donación, como es el caso de las limosnas, propinas, una invitación a comer, la hospitalidad, etc.

69.6. La gran clasificación de las donaciones en **revocables e irrevocables**, nos permite comprender la dificultad de definir y de establecer la verdadera naturaleza jurídica de una figura que admite dos extremos opuestos. Las donaciones entre vivos, fundamentalmente irrevocables, y las donaciones por causa de muerte, que son esencialmente revocables, no pueden asimilarse ni definirse de igual modo: su forma o solemnidades son distintas y sus efectos, diferentes. Todavía se complica esta labor, si se considera la existencia de las dos categorías, mixtas o intermedias: las donaciones entre cónyuges (que son entre vivos, pero siempre revocables), y las donaciones por causa de matrimonio.

Este es el motivo por el cual las diversas legislaciones tratan de las donaciones en diversos lugares: entre los contratos o entre las sucesiones por causa de muerte, como modos de transferir el dominio o como títulos para la tradición, etc. Toda opción legislativa queda, por lo mismo, sujeta a crítica, ya que si se atiende más a la forma o solemnidades, se adoptará una sistematización, mientras que si se mira más a los efectos, se debe seguir otra organización. En definitiva, esto no presenta mayor interés práctico.

69.7. Nuestro Código Civil ha seguido un **criterio mixto**: trata de las donaciones revocables en el Libro III, de la sucesión por causa de muerte, ya que las disposiciones *mortis causae* son siempre revocables; al fin de ese libro, está el Título XIII "De las donaciones entre vivos". Por otra parte, de las donaciones por causa de matrimonio se habla en el Libro I, a propósito de la dote y de las donaciones entre cónyuges.

69.8. El artículo 1402 **define la donación entre vivos**: "es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta". Esta definición, idéntica a la de los códigos de Chile, de Colombia, Paraguay y los demás que derivan del elaborado por Bello, coincide también con las de las leyes de Francia, España, Italia y Alemania y casi todos los demás países que a su vez se inspiran en la legislación de esos cuatro países europeos.

69.9. En casi todas estas leyes se soslaya en la definición la **naturaleza de la donación**. Se dice que es un "acto", para no determinar de entrada, que es un contrato y no excluir la posibilidad de que se realice a través de las formas propias de la sucesión por causa de muerte.

69.10. Dice, pues, nuestro Código, y otras leyes, que la donación es un **"acto"**, lo que implica la voluntad fundamental de una persona: el donante, sin la cual no hay donación. Pero agregan las leyes, que ese acto, esa disposición de voluntad no es unilateral sino que ha de ser "aceptado" por la otra parte, por el donatario, el que recibe la donación. Igualmente hay que observar que si no se da esta aceptación, no se perfecciona la donación. Luego, hay necesidad de **dos voluntades concordes**, y esto corresponde a la naturaleza de los contratos, aunque no todo contrato sea bilateral ni suponga obligaciones recíprocas (sinalagma).

69.11. Las donaciones entre vivos, en nuestro sistema pertenecen, pues, **al género de los contratos**. Se realizan mediante un acto inicial por el cual el donante resuelve, determina, desprenderse a algo que desea transferir a otra persona; y se perfecciona, por la aceptación del donatario. Los dos hacen la donación: la voluntad expresada por el donante (sujeto activo) y la voluntad expresada por el donatario (sujeto pasivo).

69.12. La definición contiene las dos características esenciales: se trata de una transferencia **"gratuita e irrevocable"**.

69.13. Pero tanto el concepto de transferencia, como las calidades esenciales de gratuidad (no onerosa), e irrevocabilidad, necesitan esclarecimientos que se harán más adelante, advirtiendo desde ahora que se admiten ciertas **excepciones parciales**, que no llegan a desvirtuar totalmente dichas características, pero sí las mitigan.

69.14. La **finalidad** propia de la donación consiste evidentemente, en transferir el dominio u otros derechos gratuitamente; ahora bien, tal traspaso se puede verificar instantáneamente y por fuerza de la misma donación, o bien a futuro, como cumplimiento de la obligación que nace del contrato. El sistema francés, imitado en muchos países, reconoce fuerza traslativa al mismo contrato: por la donación se transfieren las cosas a un nuevo titular. Nuestro sistema es diferente: la donación da un derecho al donatario y el donante queda obligado satisfacerlo; se cumple la obligación ordinariamente por medio de la tradición. La donación da el **título legítimo** para la transferencia, y ésta se ejecuta por el modo que es la tradición. Muchas veces se entrega la cosa donada el momento mismo de donarla, pero esta simultaneidad entre la celebración y la ejecución no elimina la diferencia entre el título y el modo. La entrega tendrá que ser apropiada según sea la naturaleza de las cosas donadas, y esto origina una variedad de formas, que a su vez permiten clasificar las diversas donaciones bajo este respecto.

En las donaciones por causa de muerte sucede algo diverso: la sucesión *mortis causae* es a la vez título y modo de transferir el dominio.

69.15. El **carácter irrevocable** de las donaciones entre vivos, es el que con mayor relieve las distingue de las donaciones por causa de muerte. La disposición de los bienes para después de los días de la vida está sujeta a modificación, hasta el último momento, precisamente porque se trata de establecer la "última voluntad". En cambio, cuando alguien se desprende de una cosa o un derecho por acto entre vivos, este acto está llamado a tener permanencia; concretamente, en la donación entre vivos, por la aceptación del donatario, se perfecciona una relación contractual y, como todo contrato, debe ser cumplido sin que quede al arbitrio de una de las

partes el dejar sin efecto lo prometido. Así lo dice claramente la ley y así lo ha entendido siempre la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera.

El carácter revocable o irrevocable de una donación depende de la **voluntad** del donante: él puede disponer de sus bienes, de una u otra manera. Si prefiere hacer un acto irrevocable, deberá adoptar las **formas** y solemnidades de las donaciones entre vivos (insinuación judicial, escritura pública), si pretende reservarse el derecho de cambiar de idea, deberá hacer un donación *mortis causae*, mediante testamento.

En ambas categorías de donaciones, se comienza por un acto del donante, pero la donación entre vivos se convierte en contrato el instante en que se perfecciona, que es **cuando el donatario acepta**. En cambio el acto dispositivo de los bienes para después de los días, se perfecciona solamente con la **muerte** del causante, y la aceptación posterior del heredero o legatario hará eficaz la disposición, o bien el repudio, incapacidad o desheredamiento del heredero frustrará la ejecución de la disposición, aunque la disposición en sí misma fuera válida y estuviera ya perfeccionada por haberse abierto la sucesión con la muerte del de *cuius*.

Todo contrato propiamente es irrevocable, y como las donaciones entre vivos son contratos, asumen esa cualidad de permanencia: se sustraen al arbitrio de la parte donante. Nuestro Código Civil dice claramente: "donación entre vivos es lo mismo que donación irrevocable" (Art. 1163 del Código Civil).

69.16. Sin embargo, la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos admite algunas **excepciones**.

69.17. En primer lugar, están las donaciones **entre cónyuges** que tienen una naturaleza mixta, compleja, ya que aunque son actos entre vivos, son siempre revocables. Se explica esta notable excepción, como una manera de permitir la corrección de posibles actos de liberalidad inconsiderados o producidos por excesivo influjo de uno de los cónyuges sobre el otro; también se aduce, para justificar esta anomalía en un acto entre vivos y sin embargo revocable, la conveniencia de proteger a los acreedores mediante una reparación privada, sin intervención judicial. Los artículos 1038 y 1165

del Código Civil declaran esta revocabilidad de las donaciones entre cónyuges.

69.18. Las donaciones por **causa de matrimonio**, por su misma finalidad, llevan la **condición** de celebrarse o haberse celebrado las nupcias, si esto llegare a ser imposible, o los esposos desistieren de celebrarlas, tales donaciones aunque entre vivos, se revocan. Igualmente, pueden revocarse, si se declara la nulidad del matrimonio (Art. 212 del Código Civil) y en caso de divorcio.

69.19. En general, cabe en los contratos subordinar una obligación a tal o cual **condición**, sea suspensiva o resolutoria, y dichas condiciones impiden el nacimiento de la obligación (suspensiva), o dan término a la obligación que ya surgió (resolutoria). Nada impide que una donación entre vivos, quede sujeta a tales condiciones y que, como efecto del incumplimiento o del cumplimiento (según la condición sea positiva o negativa), termine la donación que estaba destinada a ser perpetua. La condición origina la resolución del contrato o donación, y esta figura guarda estrecha relación con la revocatoria.

69.20. Dentro de estas posibles modificaciones del régimen normal de la irrevocabilidad, se produce con alguna frecuencia, la donación **con reserva de un usufructo** o derecho de habitación vitalicio a favor del donante o a su familia, si se produce la muerte del donatario, antes que la del donante, se consolida la propiedad a favor del donante y termina la donación, aunque por ser acto entre vivos estaba destinada a perdurar.

69.21. En varios artículos se indica que tanto las donaciones revocables como las irrevocables, **accidentalmente producen la revocación**, cuando por ellas se perjudicaría a los legitimarios en su porción de legítimas o mejoras (Arts. 1208, 1221, 1223 del Código Civil).

69.22. Y el caso más notable de revocatoria de donaciones irrevocables, se produce por **ingratitud** (art. 1444 del Código Civil), cuando el donatario se ha hecho culpable de graves injurias o delitos contra el donante, que producirían el desheredamiento o la incapacidad para recibir legados (Art. 1233 del Código Civil). Viceversa, si alguien ha sido desheredado

indebidamente, tendrá derecho para recibir las donaciones entre vivos, según ordena el artículo 1240.

69.23. La **regla general** es, pues, la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos, a pesar de que las excepciones a este principio son importantes y numerosas. La jurisprudencia ha precisado algunos aspectos.

69.24. En los sistemas de Francia, España y otros países, se establece la **revocatoria de pleno derecho** por la supervivencia de un hijo o la sobre vivencia del hijo que se creía fallecido; pero estas condiciones legales no existen en el Ecuador, sino que más bien se dice expresamente que no producen revocatoria.

69.25. En cuanto a **la naturaleza** de las donaciones entre vivos, ya queda dicho que el **acto** inicial del donante, se perfecciona como **contrato** por la aceptación del donatario. Este contrato es por su naturaleza unilateral, ya que el donatario no se obliga a nada. El carácter de liberalidad, precisamente consiste en que el donante no persigue un fin de lucro y no adquiere ningún derecho. Por esto se afirma que la **causa** jurídica de la donación es la mera liberalidad. Si hay condiciones o cargas que implican el cumplimiento de obligaciones del donatario, éstas han de ser moderadas y de cuantía que no absorba toda la donación, porque dejaría de ser tal.

69.26. El contrato donación constituye un **título traslativo del dominio**. En nuestro sistema jurídico no es un modo de transferir la propiedad u otros derechos, como si se considera tal en Francia y los sistemas que dependen del de esa nación.

Que sea un título y no un modo, aparece de numerosas disposiciones de nuestro Código. El artículo 718 dice: "El justo título es constitutivo o traslativo de dominio (...). Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos". En la parte (Título) en que el Código trata de la tradición, varias veces califica de título a la donación entre vivos: artículos 691, 693, 700 y 718. En otros lugares del Código, igualmente se sigue esta misma sistematización, como en el artículo 1202 que dice "a título de donación", o el artículo 159 que determina los bienes que entran a formar parte de la sociedad conyugal con atención al tiempo del Título y allí expresamente

menciona. El artículo 2384 establece que las escrituras de donación, como las de venta, permuta, etc., prueban la propiedad de un pupilo sobre determinados bienes raíces; y hay que tener en cuenta que la prueba del dominio comienza por la del Título correspondiente. En algún caso, la terminología empleada no es del todo exacta, como cuando el artículo 691 en el inciso segundo dice: "Se requiere, además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así, el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges", hay que aclarar que el título por sí sólo no transfiere el dominio, sino que permite la transferencia el dominio, sino que permite la transferencia por medio del **modo** conveniente, que suele ser la tradición.

69.27. Para que este título traslativo sea eficaz, se requiere que las dos partes estén **concordes respecto de él**. Si la una supone un título no traslativo, como el de comodato, y la otra tiene la intención de intervenir en una donación, no hay acuerdo de voluntades y consiguientemente no hay contrato, no hay donación, como dispone el artículo 693 del Código Civil. Tampoco hay contrato si ambas partes quieren hacer un título traslativo pero la una tiene una intención distinta de la otra, como si una parte quiere dar a mutuo (título oneroso) y la otra en donación (título gratuito).

70. Figuras afines a la donación

70.1. Hay otros actos y **contratos inspirados en la liberalidad** y que producen alguna ventaja a otra persona, pero que no constituyen donación, por faltar uno u otro de los requisitos anteriormente señalados. Estas figuras jurídicas afines a la donación, se enumeran en los artículos 1409 a 1415 del Código Civil, pero aparecen otras, a lo largo de esta ley, y la labor jurisprudencial ha precisado también algunas relaciones jurídicas que no se deben considerar propiamente como donaciones.

Por otra parte, dentro del género de las donaciones en estricto sentido, hay ciertas especies en las que uno u otro de los caracteres propios se desdibuja: no dejan de ser donaciones, pero tienen un carácter excepcional en tal o cual aspecto. Nos ocuparemos a continuación de unas y de otras en su orden.

70.2. En primer término, tenemos la **regla general** del artículo 1409, que cierra la puerta a una interpretación extensiva: "La donación entre vivos no se presume sino en los casos que expresamente han previsto las leyes". Hay, por consiguiente que interpretar en sentido restrictivo: solamente cabe la presunción legal, pero no la judicial o la doctrinaria, en esta materia.

Como ejemplos de estas donaciones, en las que podría presentarse alguna duda, pero que la ley presume como tales, podemos señalar:

70.2.1. El artículo 173 que menciona las "donaciones de **poca monta**, atendida la cuantía del haber social, o que se hagan para un objeto de piedad o beneficencia y sin causar grave menoscabo a dicho haber". Algunos autores consideran que no son donaciones éstas, en cuanto más que a un ánimo liberal responden a costumbres, usos sociales y obligaciones de cortesía o caridad, pero nuestro Código claramente las califica de donaciones y señala el régimen excepcional que les corresponde dentro de la administración de la sociedad conyugal.

En estas donaciones, por cuantía mínima y por corresponder a modos de actuar que sigue toda persona normalmente, quedan exentas de las exigencias de forma, insinuación judicial y no dan derecho a revocatoria ni a reducción para cubrir las legítimas hereditarias. Ciertamente estas excepciones del régimen normal de las donaciones, son tan notables, que se comprende por qué buena parte de la doctrina prefiere no considerarlas propiamente donaciones.

70.2.2. Según el artículo 211, **"Las donaciones por causa de matrimonio**, sea que se califiquen de dote, arras o con cualquiera otra denominación, admiten plazos, condiciones y cualesquiera otras estipulaciones lícitas y están sujetas a las reglas generales de las donaciones, en todo lo que no se oponga a las disposiciones especiales de este título".

Estas donaciones tienen peculiaridades tales como la necesidad de que se otorguen por escritura pública o se prueben por confesión de terceros (si no son hechas por uno de los esposos), aunque versen sobre bienes muebles; son siempre condicionales al hecho de que se celebre el matrimonio; pueden revocarse si se declara la nulidad del matrimonio o si se disuelve

antes de consumarse (Arts. 212 y 214) y carece de acción revocatoria el cónyuge por cuya causa se disolviere el matrimonio. El Código permite que estas donaciones figuren en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales, si se hacen, con lo cual se acentúa el carácter excepcional de ella.

70.2.3. Las **donaciones entre cónyuges**, son verdaderas donaciones entre vivos, de naturaleza contractual, pero tienen la originalidad de que a la vez son siempre revocables, como ya hemos dicho.

70.2.4. "La **remisión que procede de mera liberalidad**, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita", dice el artículo 1669, con lo cual esta plena asimilación hace que el perdón gratuito de una deuda, sea verdadera donación. El artículo 428 se refiere a cualquier derecho que se remita gratuitamente, para asimilar este acto a la donación. El artículo 1413 establece que es donación la remisión de una deuda. Se entiende que si no existe "mera liberalidad", sino que la remisión se hace a cambio de alguna ventaja o precio, ya no hay donación.

70.2.5. El que **paga una deuda ajena** sin ánimo de reembolsarse cobrando al deudor y realmente no le cobra, efectúa una verdadera donación. Es lo mismo sumar unos bienes positivos, que verse liberado de un deuda sin ningún cargo; el deudor recibe este enriquecimiento y el que pagó, se empobreció conscientemente, por ánimo liberal, de modo que se cumplen los requisitos para que haya verdadera donación. Sin embargo, como observa Diez-Picazo, en estas circunstancias no se observan las normas sobre solemnidades, pero sí se acatan las reglas sobre reducción de las donaciones inoficiosas en daño de los legitimarios: efectivamente, si el que paga un deuda ajena perjudica con esta liberalidad a sus legitimarios, al formarse el acervo imaginario de sus bienes sucesorios, habrá que colacionar la cantidad que donó, bajo esta figura de pago de deuda ajena.

70.2.6. Si el testador manda pagar **lo que cree deber pero no debe**, la disposición se tendrá por no escrita; y si ordena pagar una cantidad mayor de la que realmente debe, también ese exceso no tendrá valor, pero, si aparece claramente la **intención de donar** ese exceso de lo debido, entonces sí hay donación, según ordena el artículo 1159.

70.2.7. Hay donación cuando se **libera a un fiador, o se remite una hipoteca o prenda** siendo insolvente el deudor, puesto que equivale a perder ese dinero o derechos garantizados con empobrecimiento del que así procede y enriquecimiento del deudor o del fiador que habría debido pagar. Si el deudor no fuere insolvente, en realidad, no se benefician los garantes, porque quien tendrá que cumplir será el directamente obligado.

70.2.8. Hay donación igualmente, en la **remisión** o cesión del derecho de percibir los **réditos** de un capital colocado a interés. Así se ordena en el inciso tercero del artículo 1411.

70.3. Pasemos ahora a las figuras que **no constituyen verdadera donación,** sino que son otra suerte de liberalidades:

70.3.1. El artículo 1410 dice en su primer inciso: "No dona el que **repudia** una herencia, legado o donación, o **deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual**, aunque lo haga para beneficiar a un tercero". Las dos hipótesis aquí contempladas suponen una ventaja para otra persona, un enriquecimiento como consecuencia de uno de estos actos, y hay voluntad liberal por parte de quien los realiza, pero no se desprende de algo que **esté en su patrimonio**, sino de una mera expectativa o eventualidad. El que renuncia a la herencia, legado o donación, no los ha recibido aún y no los recibirá nunca, por lo cual los bienes correspondientes pasarán a otras personas, pero no se transfieren del patrimonio del que renuncia, sino que directamente pasarán del *de cuius* al tercero que se beneficia por el repudio. Cosa similar sucede al no cumplir voluntariamente una condición de la que depende la adquisición de un derecho: éste pasará directamente a otra persona o permanecerá en poder del constituyente, sin que el que deja de cumplir la condición haya sido nunca dueño ni se haya empobrecido por el incumplimiento de la condición.

En el inciso segundo del mencionado artículo, se da derecho a los acreedores para pedir al juez que les autorice a sustituirse al deudor (que haya repudiado o dejado de cumplir la condición), para cobrar sus créditos, y si queda algún sobrante, le aprovechará al tercero. En este caso, hay una subrogación por parte de los acreedores, autorizados por el juez, y ellos aceptan la donación, herencia o legado o bien cumplen la condición para que se haga efectivo el derecho de su deudor, y con los bienes así recibidos

se pagan sus acreencias; "si queda un sobrante aprovecha al tercero": es decir, que se produce en último término una especie de donación indirecta, ya que se beneficia este tercero con unos bienes que, si bien no entraron directamente al patrimonio del heredero, legatario o donatario, han salido ya del patrimonio del causante y se han adjudicado a los acreedores para que cobren lo suyo; luego, el acto de liberalidad se cumple con ese resto de bienes y en esa medida parcial pueda hablarse de donación.

70.3.2. "No hay donación en el **comodato** de una cosa cualquiera, aunque su uso o goce acostumbre darse en arriendo" dice el primer inciso del artículo 1411. El comodato de una casa, sobre todo a largo plazo o por tiempo indefinido, presenta una semejanza grande con la donación, pero no se asimila a ella, porque el propietario conserva el derecho de disposición y puede hacer terminar el comodato.

70.3.3. "Tampoco hay donación en el **mutuo sin interés"**, dice el segundo inciso del artículo 1411. El mutuo por su naturaleza es contrato oneroso y origina el pago de interés, pero si se contrata en forma gratuita, se hace una liberalidad al deudor, que queda descargado de pagar esos réditos, pero el acreedor no saca de su patrimonio nada, no se empobrece sino que sufre únicamente al no percibir un lucro que habría sido posible, sacrifica un expectativa legítima pero no un bien ya adquirido.

70.3.4. "Los **servicios personales gratuitos** no constituyen donación, aunque sean de los que ordinariamente se pagan", dice el artículo 1412. Indudablemente la donación se refiere siempre a cosas o derechos y no a servicios. Desde luego, mucho menos se han de considerar donaciones, los servicios que no suelen remunerarse como los de una madre a sus hijos, o de éstos a sus padres, los que impone la cortesía, la gratuidad, etc. Cuando por excepción estos servicios se quieren remunerar entonces la remuneración puede ser una donación, no el servicio. Ya trataremos de las donaciones remuneratorias que tienen normas especiales.

70.3.5. "No hace donación a un tercero el que a favor de éste se **constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca**", comienza diciendo el artículo 1413. En realidad el dar una fianza no significa desprenderse de bienes propios, aunque si se corre el riesgo de perderlos y se está haciendo un favor al deudor. Si el fiador llega a pagar la deuda ajena le queda la

acción para repetir, es decir, para cobrar lo que pagó por el deudor; lo mismo el que sufre la ejecución mediante el embargo y el remate del bien que hipotecó, podrá reclamar al deudor que le reembolse; ciertamente si el deudor es insolvente, sufrirá desmedro el garante, pero este suceso accidental no autoriza para considerar como donación al acto de constituir fianza, prenda o hipoteca.

70.3.6. No hace donación "el que **exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca**, mientras está solvente el deudor", dispone el mismo artículo 1413, y podrían hacerse consideraciones semejantes a las del número anterior: no hay empobrecimiento del que actúa así. Nótese que se ha de tener en cuenta para apreciar la solvencia del deudor, el momento en que se remite la obligación del fiador o se cancelan la prenda o hipoteca; lo que sucede posteriormente no cambia la naturaleza del acto.

70.3.7. "No hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero" dice el artículo 1414, y en perfecta concordancia con él, leemos en el artículo 1211: "No se tendrá por donación sino lo que quede, reducido el **gravamen pecuniario** a que la asignación estuviere afecta". Según estas reglas, los actos sujetos a condición o modalidad que constituyan cargas cuyo cumplimiento absorba el total de los bienes, no son donación; solamente si queda un remanente, éste sí enriquece al que lo recibe y respecto de él hay donación.

Las donaciones con gravamen pueden adoptar diversas formas, a veces la de condiciones (suspensiva o resolutoria), o bien, de **modales**, pero en cualquier caso, se debe descontar el gasto pecuniario que imponen y solamente si queda un saldo se entenderá que hay donación, cumplidos los demás requisitos, por tanto también la intención de donar que se desprenderá de los términos del contrato y demás circunstancias.

70.3.8. No se presume que dona el que da lo que no debe, "a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho", dice el artículo 2199. Por tanto, el que obra equivocadamente, o comete un error, sea en cuanto a la obligación o en

cuanto a la cosa que entrega, no dona; pero, si exento de todo error, entrega algo no debido, entonces sí hay donación.

70.3.9. La **renta vitalicia** es generalmente un contrato aleatorio, y puede ser oneroso o gratuito; si se paga o se entrega algo para constituirla, es onerosa la renta, y en caso contrario, gratuita. Solamente la gratuita se asimila a las donaciones y se rige por sus reglas, como orden el artículo 2183, pero cuando es onerosa, se seguirán las reglas generales de los contratos o podrán aplicarse las de la compraventa.

70.3.10. Dice el artículo 1961: "Si se formare una **sociedad** que no puede subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes"; en estas situaciones de hecho, en que se reúnen bienes sin una clara determinación de la norma que se quiere aplicar, puede presentarse un cierta semejanza con la donación, pero, como dice el artículo citado, si no es posible "subsistir legalmente" esta situación, tiene que liquidarse, y no habrá donación.

70.3.11. Algunos autores plantean el caso del cumplimiento de una simple **obligación natural**, que no cuenta con acción para ser exigida. El que paga una de estas obligaciones no está propiamente haciendo un donación, sino cumpliendo un imperativo de una conciencia bien formada; no se empobrece, sino que se restituye o entrega lo que debía dar a otro, aunque éste no habría podido exigirle judicialmente. Es el caso, por ejemplo de las deudas prescritas, o del cumplimiento de obligaciones contraídas sin las debidas solemnidades pero con pleno consentimiento y justa causa.

70.3.12. La **estipulación a favor de tercero**, como explican los hermanos Mazeaud presenta caracteres propios, que difieren de los de la donación. El beneficio de la estipulación se adquiere por el tercero beneficiario antes de cualquier aceptación por su parte; mientras que la donación directa no se perfecciona sino por la aceptación del donatario y la notificación de esa aceptación al donante. Esta forma de actuar se produce con alguna frecuencia por parte de padres de familia que compran con su propio dinero bienes a nombre de sus hijos.

70.3.13. Los casos más variados y que pueden presentar reales dudas sobre la naturaleza, son los de actos o **contratos ficticios**, simulados o que bajo una forma aparente encubren una realidad distinta. Muy frecuentemente, para eludir pagos fiscales, se acude a contratos de compraventa en los que no hay precio verdadero, o se reduce a una cantidad ínfima. De la simulación hemos tratado ya a propósito de la compraventa. Baste decir, que si no hay perjuicio de terceros ni se ha violado el orden público, el contrato simulado puede producir efectos, pero no se aceptarán las consecuencias de una donación disfrazada, con la finalidad de perjudicar a terceros; también las legítimas y mejoras de los legitimarios se ponen a salvo por la reducción o la anulación de estos actos de disposición.

70.3.14. Desde luego, las donaciones **revocables** son incompatibles con las donaciones entre vivos, precisamente por el carácter irrevocable de éstas. Son herencias y legados las donaciones hechas en vida, pero con carácter de revocables y sujetas a la condición de morir el que dispone de sus bienes, según los artículos 1168 y 1169. Estas tienen la apariencia de donaciones y pueden ser así llamadas por quien las hace, pero no se sujetan a las normas de las donaciones entre vivos; el único caso, ya señalado de donaciones revocables entre vivos es la de donaciones entre cónyuges, cuya naturaleza resulta precisamente mixta.

71. Sujeto activo y sujeto pasivo de la donación

71.1. Como la donación es un acto que trae consigo un empobrecimiento de quien la hace y esto puede redundar negativamente en su misma vida, en su familia, en sus acreedores, la ley ha manifestado siempre una especial reserva y procura asegurar que se realice con la mayor conciencia y cierta previsión; esto se logra por medios de los requisitos exigidos al donante, por medio de ciertas prohibiciones relativas a las relaciones entre donante y donatario y por las solemnidades de la donación.

71.2. En principio, podría donar cualquier persona que tenga **capacidad de ejercicio** y, desde luego se excluye a todo incapaz. Pero quienes tienen capacidad natural (de goce) y no poseen la de ejercicio, necesitan de representante legal para cualquier negocio jurídico y para la donación, dichos representantes están dotados de facultades más restringidas que para otros actos o contratos.

71.3. El artículo 1403 formula la regla general: "Es hábil para donar entre vivos toda persona que la ley no ha declarado inhábil", lo cual es una aplicación evidente del **principio de la capacidad general**, contenido en el artículo 1462: "Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces".

El artículo 1404, agrega: "Son inhábiles para donar los que no tienen la libre administración de sus bienes; salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben". Deducimos que la "habilidad" mencionada en estos dos artículos, equivale a la capacidad de ejercicio; ya que toda persona tiene capacidad de goce, pero no todas pueden disponer por sí mismas de sus bienes y derechos, y quienes carecen de esa "habilidad" o capacidad de ejercicio, necesitan el ministerio de otra persona que les represente o autorice.

71.4. El patrimonio de un **pupilo**, es administrado por el tutor o curador, pero la donación es un acto de disposición, que no entra en las facultades administrativas ordinarias, sino que se considera como un acto extraordinario.

La ley distingue todavía, las donaciones de pequeños presentes, propinas o limosnas, que corresponden a los usos y costumbres generalizados, y que el guardador puede realizar en nombre del pupilo (Art. 427 del Código Civil), y por otra parte, las demás donaciones; entre éstas, las de bienes raíces se prohíben absolutamente (Art. 427), mientras que las de cosas muebles (entre ellas, el dinero), pueden efectuarse, pero solamente con autorización del juez, con conocimiento de causa, oídos el Ministerio Público y los parientes del pupilo, indicando además, que la causa ha de ser grave, como contribuir a un objeto eminente de beneficencia o socorrer a un consanguíneo necesitado.

71.5. La incapacidad de los menores, alcanza por igual al **no emancipado**, que depende de sus padres, y al emancipado, que sigue siendo incapaz y necesita de un tutor. El menor emancipado, sin embargo, tiene capacidad para administrar el peculio profesional o industrial, pero en esta administración no se incluye la posibilidad de donar inmuebles o muebles de considerable valor, de suerte que también tendrá que solicitar autorización judicial por causa grave. El Código confiere una especial capacidad al me-

nor, para los actos testamentarios, y a través de ello puede hacer liberalidades equivalentes a la donación, pero éstas son siempre revocables, mientras que las donaciones entre vivos son irrevocables, razón por la cual, esa capacidad especial no se reconoce a los mismos menores.

71.6. Los otros **incapaces, mayores** de edad (dementes, ebrios consuetudinarios o toxicómanos, sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, disipadores, o privados de la capacidad por condenas penales), igualmente, requieren de representante legal, y éste tendría que obtener el permiso judicial, si hubiera causa grave para donar inmuebles de sus respectivos pupilos.

71.7. Cuando los incapaces no están sometidos a guarda sino a la **patria potestad** de su padre o de su madre, éstos tienen las mismas limitaciones que los tutores o curadores, según dispone el artículo 298. Sorprende que el Código aplique a los padres, con igual rigor esas prohibiciones dadas para los guardadores; generalmente procede la ley a la inversa: las reglas se dan de modo directo con referencia a los padres y luego se extienden a quienes reemplazan a los padres; en cambio, para la prohibición de las donaciones se sigue el camino contrario, tal vez para acentuar la repugnancia del legislador hacia estas liberalidades con bienes de los menores.

71.8. Se ha planteado la duda sobre las **personas jurídicas**, que se consideran relativamente incapaces y necesitan de un representante legal para cualquier acto jurídico. Considero que es algo muy diverso: habrá simplemente que atenerse a sus respectivos estatutos, y si nada está previsto en ellos, a la naturaleza y finalidad de la persona jurídica. En efecto, hay muchas de ellas, como las corporaciones y fundaciones, que no tienen fin de lucro y se establecen precisamente para realizar obras de caridad, educación, beneficencia, etc., y por consiguiente su vida institucional consiste en hacer donaciones; otras, como las sociedades civiles o comerciales, con fin de lucro, que también pueden hacer donaciones, incluso dentro del cumplimiento de su fin propio, y que hay gastos de representación, de promoción o de justa correspondencia a favor de clientes, que justifican donaciones de estas entidades.

71.9. En cuanto a la capacidad para donar por parte de **uno de los cónyuges** dependerá fundamentalmente del régimen de bienes a que

estén sometidos. Durante mucho tiempo en el normal régimen de sociedad conyugal, la mujer fue considerada como relativamente incapaz; ahora se reconoce igual capacidad a ambos cónyuges, pero siguen subsistiendo ciertas limitaciones para los actos de disposición, y con mayor razón para los gratuitos, en los cuales normalmente se exige la intervención de ambos cónyuges, salvo en cosas de ínfimo valor o de consumo diario.

71.10. Así como se rodea de formalidades y requisitos la donación a extraños, las que se hacen **los cónyuges entre sí**, se facilitan en mayor medida: pueden realizar tanto por acto entre vivos como mediante disposición por causa de muerte, no requieren insinuación y son siempre revocables. Dadas estas facilidades, hemos de entender que la capacidad que se requiere en los cónyuges para estas excepcionales liberalidades debe ser la misma que para cualquier otro acto o contrato; además, nada especial exige la ley.

71.11. Siendo el donante plenamente capaz, puede aún encontrar alguna restricción legal para desprenderse de sus bienes, a favor de **ciertas personas**. Esta especie de incapacidad relativa, se da en el caso de ex pupilo, quien aunque ya haya alcanzado la mayoría de edad o la rehabilitación, no puede donar sus bienes a favor de quien fue su tutor o curador, mientras no estén aprobadas las cuentas de la administración de la guarda.

71.12. En muchos sistemas jurídicos se considera que los **concubinos** son incapaces para hacerse donaciones, por considerar que tales liberalidades carecerían de causa lícita, siendo *pretium stupri*. Otros distinguen, y admiten estas donaciones si se trata de una compensación por el perjuicio causado, mientras niegan validez a la que se haga con el fin de instaurar esa relación ilícita. En nuestro actual sistema jurídico en el Ecuador, que desgraciadamente ha llevado muy lejos la protección a esas uniones ilegales, no cabe plantear una especial incapacidad, que no está consignada en la ley.

71.13. Las personas plenamente capaces pueden hacer las donaciones directamente, por sí mismas, o mediante un **mandatario**. La cuestión discutida consiste en saber si bastará un poder general o si se requiere uno especial. Dada la trascendencia del acto, generalmente se pide un poder especial y aún en la interpretación del alcance de éste surge la discusión, ya que hay quienes consideran que siempre se hacen las donaciones *intuitu*

personae y por ello, debe figurar el nombre del beneficiario, mientras que otros aprecian que si alguien está dispuesto a desprenderse de tales o cuales bienes, no importa mucho a favor de quien se haga tal liberalidad.

También los mandatarios, como los guardadores, pueden realizar "ligeras gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio", se entiende, con los bienes del mandante, como expresamente lo permite el artículo 2043.

71.14. La capacidad del donante **debe existir**, indudablemente, el momento en que realiza la donación, o sea cuando manifiesta su voluntad en la forma prevista por la ley. Del mismo modo, el donatario tendrá que ser capaz de recibir, el momento en que acepta la donación. Si ambos momentos coinciden, como sucede en las donaciones manuales, no hay problema alguno: ambas partes deben tener su respectiva capacidad. Pero se plantea el problema de si será preciso que perdure la capacidad del donante y del donatario, hasta que el primero llegue a conocer la aceptación. Algunos siguiendo a Aubry y Rau, consideran que basta que cada parte realice su respectivo acto con la debida capacidad, y, si incurre posteriormente en incapacidad, en nada se afecta lo ya realizado; otros, ven en esa solución la dificultad de que, si la donación es un contrato, no se perfecciona hasta el momento en que la aceptación es conocida por el donante y hasta ese instante se requiere que perdure la capacidad de ambas partes.

71.15. En cuanto al **sujeto pasivo**, el donatario, la ley facilita que pueda recibir la donación considerando que es totalmente en su favor. Solamente, si hay cargas se impone la obligación de aceptarla con beneficio de inventario, precisamente porque en la medida en que existen esas cargas, la donación deja de ser totalmente gratuita, y podría llegarse al extremo de resultar gravosa e inconveniente.

71.16. Lo que exige es que el donatario **exista**, que sea persona. El artículo 1405 dice: "Es capaz de recibir una donación entre vivos toda persona que la ley no haya declarado incapaz". Debemos entender que se refiere a "incapacidad de recibir donaciones", y no simplemente incapaz, porque quienes son incapaces pueden recibir donaciones a través de su representante legal.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

71.17. Se completa el sentido del anterior artículo con el 1406: "No puede hacerse donación entre vivos a persona que no existe en el momento de la donación. Si se dona bajo condición suspensiva, será también necesario que exista al momento de cumplirse la condición; salvo las **excepciones** indicadas en los incisos tercero y cuarto del artículo 1005".

71.18. Las excepciones a que se refiere son las siguientes: si la persona no existiere, pero **se espera que llegue a existir**, vale la asignación si esto sucede antes de quince años subsiguientes a la apertura de la sucesión -o a la donación, en nuestro caso-, y las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo preste no haya existido al momento de la muerte del testador -o al momento de la donación-.

71.19. "Las incapacidades de recibir **herencias y legados**, según el artículo 1006, se extienden a las donaciones entre vivos", dice el artículo 1407. Podemos agregar, que igualmente son aplicables los motivos por los cuales cesan esas incapacidades: la rehabilitación del indigno de heredar, también surte el mismo efecto con relación a una posible donación entre vivos, etc.

"Es nula así mismo la donación hecha al curador del donante, antes de que el curador haya presentado las cuentas de la curaduría, y pagado el saldo, si lo hubiere en su contra" (Art. 1408). Ya hemos señalado que esta es una incapacidad relativa, que afecta a la relación concreta entre dos personas, y, desde luego, temporal, removible, mediante la aprobación de las cuentas y el pago del saldo, si lo hubiere.

71.20. La ley trata de evitar que, con el pretexto de una donación a un incapaz se **altere la marcha ordenada de la familia**, y por esto, los artículos 285, 289 y 290, limitan el efecto de la condición impuesta por el donante, de que el padre no administre o no tenga el usufructo de los bienes donados al hijo. Esos bienes originan el llamado peculio adventicio extraordinario, y su usufructo corresponde a la sociedad conyugal de los padres del donatario menor de edad; si se priva del usufructo no se entenderá que se ha quitado la facultad de administrar esos bienes por parte del padre o la madre; viceversa, si la condición fue de que no tengan la administración los padres, no por esto pierden el usufructo legal; solamente si la condición es doble, o se refiere expresamente al usufructo y a la administración, se acumulan ambos efectos. La donación bajo la condi-

ción de emancipar al hijo, se entenderá cumplida, si se da un curador para que administre los bienes donados.

71.21. La aceptación de la donación se **facilita**, pero también se asegura por parte del legislador, que el pupilo o hijo de familia, no sea arbitrariamente privado de una donación que se le ofrece: "El tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin permiso del juez, con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario", dice el artículo 422, y se aplica también al caso de las donaciones hechas a favor de un incapaz.

71.22. Si se trata de donaciones **por causa de matrimonio**, la especial capacidad que se reconoce a los contrayentes de nupcias, vale del mismo modo para hacerse donaciones y aceptarlas, en las capitulaciones matrimoniales. Por tanto, un menor de edad, que contrae matrimonio con la autorización de sus padres o de quienes les reemplazan, tiene capacidad para hacer y recibir donaciones en las capitulaciones matrimoniales.

71.23. Si un menor u otro incapaz aceptara por sí mismo una donación, sin la intervención ni autorización de su representante legal, el acto sería nulo, con **nulidad relativa** que puede ser alegada y probada por el mismo incapaz (cuando llegue a ser capaz, o por medio de su representante legal), o bien por sus herederos.

72. Consentimiento y causa de la donación

72.1. Como en todos los contratos, se requiere en la donación, además de la capacidad de las partes, el que realmente consientan en lo que se han propuesto y que ese consentimiento sea expresado en forma válida, carente de vicios y motivado por una **causa justa**.

No es necesario repetir en este punto lo referente a la validez del consentimiento y de su expresión, solamente conviene tener presente que en el caso de la donación, el consentimiento del donatario consiste en su aceptación, que debe ser notificada al donante y solamente en el momento en que éste es notificado, la donación se hace irrevocable, es decir, se perfecciona y adquiere su principal característica que es la irrevocabilidad. Antes de dicha notificación, el donatario podría retirar su consentimiento y no se

produciría el referido efecto; y retrocediendo más en el tiempo, antes de hacer conocer al donatario, el donante podría arrepentirse y no seguir adelante con la donación, de modo que no siquiera existiría.

72.2. En cuanto a los posibles **vicios del consentimiento**, no hay ninguna especial norma respecto de la donación. El artículo 1469 pone como un ejemplo de error de hecho, que vicia el consentimiento, cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una parte entendiese empréstito, y la otra, donación.

La doctrina enseña que el error esencial produce la nulidad, sea que se produzca accidentalmente, sin culpa, o bien derive de una actitud dolosa, que induzca precisamente al error.

72.3. En cuanto a la **causa jurídica** de la donación, propiamente es la **liberalidad**: la voluntad de mejorar económicamente a otra persona gratuitamente; no se requiere más. Esto origina que la donación se califique como contrato gratuito; en un contrato oneroso y sinalagmático, la causa de las obligaciones asumidas por uno, son las ventajas que tendrá por el cumplimiento de las obligaciones del otro; en tanto que, en la donación, no existe más ventaja económica que para el donatario. Sin embargo, tampoco se puede extremar esta concepción "abstracta" de la causa, y desligarla totalmente de la motivación subjetiva. Con razón dice Borda que el *animus donandi* no es desinterés, ya que siempre existe alguna motivación religiosa, cultural, política, sentimental, etc. que mueve la voluntad a realizar una obra benéfica. Aunque la causa jurídica de la donación consista en la mera liberalidad, no se puede desconocer la importancia de los antecedentes de ella, que pueden llegar a ser determinantes de la resolución de donar: por ejemplo, si alguien desea premiar unos méritos que no existen o que corresponden a otra persona distinta del donatario, parece evidente que desparece la causa misma del beneficio que se pretende hacer.

El artículo 1832 establece que "si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme (en la compraventa), no valdrá la estipulación; y si por parte del vendedor se expresare la intención de donar el exceso, se tendrá esta cláusula por no escrita". Tenemos aquí un caso en que el legislador prohíbe absolutamente una donación, porque su finalidad sería la de burlar la ley: no habría causa justa. Otro tanto podría aplicarse a

las donaciones realizadas con el objeto de presionar a un cónyuge a firmar una demanda de divorcio por "mutuo consentimiento".

72.4. Tiene relación con la causa, el problema de las donaciones recíprocas. Si esta reciprocidad es plenamente probada, desaparece la donación, porque no existe liberalidad: la causa de cada acto sería más bien el acto recíproco y nos hallaríamos frente a una permuta, no un acto gratuito.

73. El objeto, en la donación

73.1. Algo se anticipó sobre el objeto, al distinguir ciertas figuras jurídicas; aquí nos ocupamos directamente de las cosas que pueden ser donadas.

El principio general es amplio: se puede donar todo **cuanto puede ser objeto de un contrato**, lo que está en el comercio, aquello que la ley no prohíbe. Esto abarca tanto las cosas materiales como las inmateriales; puede ser una especie singular, un número determinado de cierto género, una cuota o una universalidad, aunque esto último tiene ciertas restricciones.

73.2. Lo que no puede ser donado son los **servicios**, ya que no corresponden la esencia de la donación que implica un desprenderse de algo que está en el patrimonio del donante y los servicios gratuitos, si bien constituyen una liberalidad, no empobrecen al donante, aunque signifiquen un ventaja para el que lo recibe.

73.3. Se plantea este propósito si se podrá donar bienes **ajenos y bienes futuros**. En los sistemas jurídicos que dan al contrato la fuerza traslativa del dominio u otros derechos, resulta evidente que no pueden donarse bienes ajenos o futuros, por no encontrarse actualmente en el patrimonio del que pretende disponer de ellos: nadie da lo que no tiene. En cambio en nuestro sistema, la solución es precisamente la contraria, puesto que la donación origina la obligación de transferir, y se puede ofrecer una cosa ajena con la intención y la posibilidad de adquirirla.

Lacruz explica como en el derecho español no se permite la donación de cosa ajena y sin embargo, la jurisprudencia ha admitido la "promesa de donación" de cosas que aún no están en el patrimonio del donante.

73.4. Distinto asunto es el de la **tradición o entrega** de la cosa ajena que fue donada. Nadie puede dar lo que no tiene, no cabe tradición de cosa ajena. Si de hecho el donante hubiere entregado al donatario algo que no le pertenecía al primero, el verdadero dueño puede reivindicar su cosa, probando su dominio y no se requiere que demuestre la nulidad de la donación (que, como contrato puede ser válido). En cambio, si no se ha verificado la entrega, no podría reivindicar la cosa el donatario, puesto que no ha entrado aún en su patrimonio; tampoco podría reivindicarla el donante, aunque ambos contratantes podrían pedir la nulidad del contrato si resulta imposible la adquisición del objeto por parte del que lo donó. Si la supuesta donación comprende el patrimonio o parte del patrimonio del donante, tal como se halle al momento de fallecer, se trata de una cosa futura, impredecible, y que por su misma naturaleza debe sujetarse a las disposiciones propias de la sucesión por causa de muerte. Se desvirtúa la básica cualidad de las disposiciones **mortis causae**, que son siempre revocables, al encubrir bajo la forma de una donación de futuro, irrevocable y de bienes indeterminados. El artículo 1425, prohíbe esta clase de liberalidades.

73.5. Acabamos de indicar que el objeto debe también ser **determinado, o al menos determinable** con precisión. No cabe la indeterminación total del objeto, tanto más cuanto que el legislador procura resguardar los intereses del mismo donante, de su familia y de sus acreedores, y en muchos casos, exige la insinuación o permiso judicial, que nunca podría darse respecto de algo indeterminado.

73.6. También se plantea el caso de la donación de los bienes **presentes y futuros**: la nulidad ¿deberá alcanzar a todos, o solamente a los futuros? No existiendo una terminante prohibición, debe entenderse que solamente no valen las donaciones imposibles, y se considerará válida, en lo que se refiere a los bienes presentes y a los que posteriormente sí puedan ser adquiridos.

73.7. En el capítulo anterior, hemos expuesto que la donación de un crédito produce efectos entre el cedente y el deudor, pero solamente después de que se le haya **notificado** la cesión. La donación de este objeto inmaterial que es el crédito, queda, pues subordinado al cumplimiento de este requisito.

73.8. El objeto de la donación disminuye y hasta desaparece por efecto de ciertas **cargas**, condiciones o modos; entonces la donación no tiene valor, por falta de objeto.

73.9. La definición de la donación, contenida en el artículo 1402 habla de la transferencia de "una parte de los bienes de una persona". Esto **excluye la totalidad** de los bienes, pero admite cualquier "parte", que se ha de determinar, se señalando ciertas especies o cuerpos ciertos, o bien una cuota, alícuota. Esos bienes no pueden ser, ni todos los que tiene el donante (porque se quedaría sin medios de vida), ni pueden reducirse a cero, a lo que no tenga ningún valor apreciable.

73.10. El artículo 1414 se refiere a las donaciones con una **carga que absorba** todo el valor del objeto, en cuya hipótesis, no habrá donación, porque, dice el artículo cuando al donatario "no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero". Por tanto, las cargas no pueden ser tales que dejen sin valor al objeto donado.

Hay ciertas cargas que no se podrían calcular rigurosamente en dinero, pero que ciertamente suponen gastos y disminuyen el valor de lo donado. Tal es el caso previsto en el artículo 1420, que califica de donaciones con causa onerosa", las que se hacen a una persona para que abrace un carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio. Este artículo ordena que tales donaciones se hagan por escritura pública, y a falta de este requisito, "se considerarán como donaciones gratuitas", lo que equivale a privar de valor a dichas condiciones o modos, se considerarán como no impuestos, y si se hizo por escritura privada, se tendrán como no escritos; la donación será válida, pero la carga no lo será.

Cuando se han impuesto gravámenes que el donatario ha pagado y después se ve privado judicialmente de la cosa donada, aunque no tiene acción de saneamiento por evicción, sí se le reconoce el derecho de que se

le reintegre lo que haya invertido en pagar las cargas, como ordena el artículo 1439.

En todo lo relativo a las condiciones o los modos que se impongan a una donación, hay que seguir las mismas reglas que se han dado para las disposiciones condicionales o modales, por causa de muerte.

73.11. La donación de todos los bienes del donante no está prohibid de manera **absoluta**, y más bien hay varios artículos del Código que se refieren a ella; pero exige el cumplimiento de especiales requisitos, de forma (Art. 1423), y de fondo (Art. 1424), puesto que el donante "deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia". Estas donaciones a título universal "no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario" (Art. 1425). Si el donante no se hubiere reservado lo que le ordena la ley, el acto sería nulo, pero, como anota Borda, él podría pedir al juez la anulación parcial, para que se le integre esa reserva necesaria de bienes para subsistir; lo necesario se toma en cuenta según sea el momento de la donación y las variaciones posteriores no alteran, si el donante cayera después en pobreza, solamente tendría derecho a pedir alimentos.

73.12. Entre las condiciones que pueden afectar a una donación, suele producirse la de disponer que **si muere el donatario antes que el donante**, se revierta el objeto donado al primero. Frecuentemente se matiza ésta condición, en el sentido de que vuelva la cosa al donante, si muere el donatario sin sucesión o más precisamente, sin hijos. Es válida y lícita esta condición resolutoria.

73.13. En cambio, no sería válida la condición que pretendiera dejar supeditada la permanencia de la donación **a la sola voluntad del donante**: no cabe una condición meramente potestativa, porque contrariaría el carácter irrevocable de las donaciones entre vivos.

73.14. A veces la carga no representa **ninguna ventaja** ni para el donante ni a favor de un tercero, sino que pretende dar un destino especial a los bienes, tal vez, en beneficio del mismo donatario, como cuando se regalan para cubrir gastos de educación, la obtención de un título, etc., entonces no cabe propiamente descontar el costo del cumplimiento de tal finalidad,

del monto de la donación para los diversos efectos de exigir insinuación judicial etc.

Cuando estos donativos provienen de los padres, no deben considerarse como donación, puesto que ellos están obligados a la crianza y educación de los hijos, como dispone el artículo 268; solamente podrían entrar en el concepto de donación, gastos extraordinarios de dicha educación, que se salgan de lo normal para la condición y circunstancias de una familia concreta. Otro tanto puede decirse sobre los gastos de "establecimiento", que proporcionan al hijo la posibilidad de ganarse la vida con su trabajo.

73.15. La cláusula de **inalienabilidad** entra también en este género de consideraciones. Supone una limitación del dominio, pero al mismo tiempo, una manera de resguardar su conservación. La inalienabilidad indefinida resulta contraria al concepto mismo de propiedad y en algunas de nuestras Constituciones Políticas se ha prohibido expresamente; en la actualidad aunque no tengamos esa precisa prohibición, debe entenderse, por todo el espíritu del sistema, que la inalienabilidad debe admitirse solamente por un tiempo limitado. Las donaciones con causa onerosa, son siempre solemnes, requieren escritura pública.

73.16. Las donaciones llamadas **"universales"**, por abarcar un conjunto de bienes del donante, no se admiten, sin embargo, en un sentido absoluto, sino relativo. Quien pretenda desprenderse de todos sus bienes, de cualquier manera debe reservarse, como ordena el artículo 1424, "lo necesario para su congrua subsistencia". Esto puede concretarse en la conservación de ciertos bienes productivos, o en reservarse el usufructo, uso o habitación de los mismos bienes donados, o bien contratar una pensión vitalicia u otra forma de asegurar el mantenimiento.

Para que se cumpla esta previsión, la ley ordena que se haga inventario pormenorizado de los bienes que se va a donar; de suerte que ya no se tratará propiamente de la universalidad, de todos, sino de aquellos que consten en el inventario y no sean objeto de reserva. Expresamente señala el artículo 1425, que los bienes futuros no entran en la donación universal, aunque disponga lo contrario el donante.

73.17. Cabe también la **donación fideicomisaria**, en la que cumplido cierto plazo o condición, los bienes deben pasar a otra persona (Art. 1483 del Código Civil).

73.18. La **estimación del valor** de los bienes donados y del monto de la carga, tiene, como es evidente, mucha importancia, porque de ello dependerá en algunos casos la validez misma de la donación, su permanencia o su posible reducción o revocatoria. No precisa, sin embargo la ley, el momento que se ha de tomar en cuenta para ese cálculo, y se divide la doctrina, pues unos señalan que debe considerarse el momento de la donación, otros el de la muerte del donante. Pienso que no hay una norma uniforme, precisamente porque si se trata de unos aspectos, como la necesidad de insinuación, debe calcularse el precio al momento de la donación, y para otros efectos, como el cumplimiento de cargas o la eventual reducción, tendrá que ser el momento en que se pretenda hacer valer tales derechos.

73.19. Hay ciertas donaciones **condicionales o modales**, que atañen a la administración de los bienes de la familia, sea los de los hijos por parte de los padres, o los de los cónyuges y la sociedad conyugal por parte de ellos. Estas condiciones o modos, no deben alterar sustancialmente el orden jurídico y se procura respetar la voluntad del donante, convirtiendo a veces la condición en otra compatible con el orden del hogar. Así dispone el artículo 312 del Código Civil que cuando se hace al hijo una donación bajo la condición de obtener la emancipación, no tendrán el padre o la madre el usufructo de estos bienes y se entenderá cumplida así la condición. Si el donante pretende imponer que no tenga la administración el representante legal del menor donatario, el juez, oídos los parientes y el Ministerio Público, puede ordenar que se repudie tal donación (art. 380). Según el artículo 215, si a uno de los cónyuges se hiciere una donación con la condición precisa de que lo donado no sea administrado por el otro, se produce una separación parcial de bienes, con consecuencias en cuanto al pago de deudas (art. 201) y a la contribución para el mantenimiento del hogar (art. 220). Cuando se deja dinero a un pupilo para que adquiera bienes raíces, no puede destinarse ese dinero a otro objeto, salvo autorización judicial con conocimiento de causa (art. 426 del Código Civil).

73.20. Hay algunos derechos cuya donación está específicamente prevista en el Código, como los de **alimentos voluntarios**, que, de acuerdo con el

artículo 365, se pueden establecer por donación, cumpliendo todos los requisitos y sometiéndose a la eventual reducción a favor de las legítimas. También el derecho de usufructo, según el artículo 798, se puede establecer mediante donación como a través de venta u otro acto entre vivos.

73.21. En cambio se prohíbe terminantemente las convenciones sobre sucesión futura y por esto, el artículo 1476 dice: "El derecho de suceder por causa de muerte a un persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aunque cuando intervenga el consentimiento de la misma persona".

73.22. El derecho del acreedor que **fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición**, se trasmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor, según el artículo 1508, pero esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos, las mismas que no se transmiten.

73.23. Algunos objetos presentan especiales características cuando de donarlos se trata. Así, Planiol señala que la **propiedad artística y literaria** no se transmite por medio de una donación manual de las especies materiales en las que consta la creación intelectual, y se somete a las reglas de las leyes especiales de la materia, lo cual sería aplicable también en nuestro derecho. También la donación de un establecimiento de comercio o industrial, se sometería a las normas propias del derecho comercial o de leyes especiales.

73.24. Las **cargas pueden terminar** de varias maneras: si han sido establecidas para un determinado plazo o bajo condición, cuando se cumplan uno u otra; si se vuelve imposible su cumplimiento, dando origen a eventuales reparaciones si hay culpa en la imposibilidad sobreviniente; por consentimiento de ambas partes o por renuncia de la persona a favor de quien se impuso la carga.

74. Forma o solemnidades de las donaciones entre vivos

74.1. Las solemnidades de las donaciones por causa de muerte son diferentes, pero es preciso tener esas disposiciones al tratar de las donaciones entre vivos, porque hay puntos de contacto. Por otra parte, sabemos que

las donaciones entre cónyuges, siendo entre vivos, tiene esas características que hacen de ellas una figura mixta: son siempre revocables, y pueden verificarse siguiendo las formas o solemnidades sea de las donaciones entre vivos o las de las sucesiones hereditarias. Aquí nos ocuparemos exclusivamente de las donaciones revocables, entre vivos, aunque con las necesarias referencias a las otras categorías.

En primer lugar hay que afirmar que las donaciones entre vivos constituyen un **contrato solemne**, cuya validez depende de la observancia de las formas establecidas por la ley.

Precisamente por esto, los pequeños dones, regalos, propinas (que incluso el Código llama a veces "gastos"), no se consideran propiamente donaciones, aunque en muchos aspectos coinciden con ellas.

74.2. Los requisitos formales de las donaciones entre vivos son **complejos**, comprenden la insinuación judicial, escritura pública, su inscripción, aceptación del donatario y notificación al donante de la aceptación del beneficiario. En casos especiales se suma otra especialidad: inventario, así como hay ciertas donaciones que se realizan de manera sencilla, como la remisión de una deuda que no sea de bienes raíces.

74.3. Este conjunto de actos solemne da origen a **clasificaciones** o divisiones de las donaciones, como también se pueden clasificar a partir de otros criterios, como los de su causa, contenido o circunstancias que modifican los efectos (por ejemplo, totalmente gratuitas u onerosas, condicionales, fideicomisarias, etc.). Examinemos los diversos tipos de donaciones, con relación a su **forma**.

74.3.1. Se dan algunas que por su escaso valor **no requieren de insinuación judicial**. De la insinuación trataremos en el punto siguiente.

74.3.2. Estas mismas, si se refieren a **bienes muebles**, no requieren escritura pública, ya que el artículo 1416 pide este requisito para otras donaciones, no las de muebles.

Tampoco se exige un documento privado, pero, para efectos de prueba y para poder exigir el cumplimiento, en caso de no ser simultáneo al acto de

donación, resulta prudente consignarlas por escrito. No se admite la prueba de testigos para obligaciones que pasan de una cuantía que ha llegado a ser mínima por la devaluación de la moneda, de modo que se puede decir, que en la práctica, no hay prueba de testigos para una obligación de la que no exista siquiera principio de prueba por escrito.

Si existen determinados muebles que están regulados por leyes especiales y que para toda transferencia de dominio, deben registrarse en especiales registros, como los navíos, las aeronaves, los vehículos, y aún en ciertas épocas, los títulos de crédito. Originan la duda de si esa inscripción se refiere exclusivamente a la tradición, al traspaso de los derechos, o forma parte del acto mismo de la donación, es decir, si es solemnidad de ella, lo cual tiene enorme importancia, porque al faltar, originaría nulidad. Posiblemente se trata de una forma constitutiva de la donación misma: no hay donación de un barco, por ejemplo, si no se inscribe el instrumento.

La donación de muebles de poco valor, se considera por la doctrina como "donación manual", que se perfecciona con la entrega material de la cosa y la expresión de la voluntad de donar, aunque sea sólo verbal o se contenga en instrumento privado. Si la cosa se halla ya en manos del donatario por cualquier otro título o sin ninguno, basta con la expresión de querer donársela. Por el contrario, si primero se manifiesta la voluntad de hacer esa liberalidad, deberá seguirse luego la entrega de la cosa. Esta estructura jurídica de las donaciones manuales es propia del derecho francés y seguida también por España y otros países, pero encuentro no aplicable a nuestro sistema, puesto que la donación no es un contrato real, que requiera la entrega de la cosa, sino consensual y solemne: una vez contraída la obligación el donante tendrá que entregar la cosa, en cumplimiento de su obligación y no como parte de la celebración del contrato.

En el tercer inciso del artículo 1164 se hace referencia a estas donaciones que pueden realizarse "sin instrumento alguno". Este artículo trata de las donaciones revocables, por causa de muerte, para las cuales se requiere necesariamente forma instrumental, y por vía de excepción señala: "Las donaciones de que no se otorgue instrumento alguno, valdrán como donaciones entre vivos, en lo que fuere de derecho; menos las que se hicieren entre cónyuges, que podrán siempre revocarse". Por consiguiente, hay donaciones entre vivos, irrevocables, que se perfeccionan sin necesidad de

escritura ni pública ni privada: estos bienes muebles deben ser aquellos de escaso valor, para los que no se exige insinuación judicial, ya que no tendría sentido acudir al juez para obtener una sentencia de autorización y luego concretar verbalmente el contrato. La salvedad de las donaciones entre cónyuges, no significa que no puedan hacerse entre ellos donaciones verbales, sino que éstas son siempre revocables.

Quien deseare hacer donación de derechos de autor, aunque se trate de un bien mueble, deberá realizarlo mediante la inscripción en el correspondiente registro, por disposición de la ley especial.

74.3.3. Donación de inmuebles. El artículo 1406 dice: "No valdrá la donación entre vivos de cualquier especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el correspondiente registro. Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de un deuda de la misma especie de bienes". Por tanto, al igual las cosas corporales inmuebles, o las incorporales, deben donarse mediante escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. La remisión de una deuda mobiliaria no se sujeta a este requisito, pero las referentes a deudas inmobiliarias sí.

El segundo inciso dice "este requisito", lo cual crea cierta dificultad de interpretación, puesto que la celebración de escritura pública es un requisito y su inscripción en el Registro, es otro. Podría pensarse que se refiere sólo a uno de los dos pasos, pero dado todo el sistema de organización de la propiedad inmobiliaria resulta preferible pensar que se ha querido expresar ambas acciones: la celebración de escritura y su inscripción.

Desde luego, la escritura pública debe reunir todos los requisitos para su validez, capacidad de las partes, expresión válida del consentimiento, libre de vicios, objeto y causa lícita y cumplimiento de los aspectos formales, como la firma de las partes, testigos y Notario. Si la escritura fuera nula por algún defecto, acarrearía la nulidad de la donación en ella contenida, pero si al inverso, la donación es nula por otros conceptos, no quiere decir que la escritura que la contiene sea también nula; la necesaria distinción de ambas situaciones es indispensable.

Algunos defectos formales o de consentimiento podrían subsanarse por ratificación, del mismo donante o de sus herederos, una vez muerto él.

Así, sucede con la falta de un documento habilitante de poder, o si el donante no había aún cumplido la mayor edad, o incurrió en algún error. La inscripción relativa a un inmueble que no esté inscrito en el Registro de la Propiedad está expresamente prevista en el artículo 709: se debe hacer constar "que se dio aviso de dicha transferencia al público por un periódico del cantón, si lo hubiere, y por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentados del cantón". No se puede pretextar la falta de inscripción previa, para eludir el cumplimiento de este requisito; ciertamente que hoy, casi todos los inmuebles del país se encuentran inscritos, pero existen todavía predios cuya inscripción no ha sido obligatoria, por no haberse transferido el dominio con posterioridad a la época de la fundación del Registro de la Propiedad, en 1862. Todos los que se donen deben inscribirse, como todos los que se vendan y para ello, se procederá a la publicación del aviso previo.

No se puede reemplazar la escritura pública por otro documento auténtico o que llegue a tener valor de prueba plena de su contenido.

Una parte de la doctrina considera que la falta de escritura pública no produce nulidad, sino **inexistencia** de la donación, porque hay falta absoluta de la forma esencial. Si se acepta esta opinión, se sigue la consecuencia de que no podría de ninguna manera ratificarse o confirmarse lo que no existe; tampoco se tendría un título válido para alegar la adquisición por prescripción ordinaria.

74.3.4. Hay algunas **excepciones** a este requisito de la escritura pública inscrita. En primer lugar, la inscripción del **acta de remate** equivale a la de la escritura pública; hay una sentencia en que se aplica tal criterio, para una donación raramente a través del acta de remate de bienes raíces.

Las donaciones entre cónyuges pueden figurar en sus capitulaciones matrimoniales, aunque no se hagan por escritura pública, sino que consten en el **acta** de matrimonio (Art. 150). Pueden realizarse en forma simplemente verbal, y constar por confesión judicial, en cuyo caso, se requiere que resulte confirmada por la muerte del donante (Art. 170 inc. 3o.).

El artículo 1038 dice: "Toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es testamento y

debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento. Exceptúanse las donaciones y promesas entre marido y mujer, las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos". Dejando de lado el caso de los cónyuges, aparece de esta norma que, se puede lograr a través de la forma testamentaria, un donación que se convierte en irrevocable a la muerte del donante o promisor; ahora bien, el testamento, puede hacerse ante cinco testigos, y en otras formas privilegiadas (ante el capitán del barco, el capellán del ejército en guerra, etc.) y si contienen donaciones que "llegan a ser irrevocables", estaríamos ante otra excepción a la regla de que necesariamente han de constar en escritura pública.

74.3.5. Hay otras donaciones que también se someten necesariamente a la forma de **escritura pública inscrita**. Según el artículo 1419: "La donación a plazo o bajo condición no surtirá efecto alguno, si no constare por escritura privada o pública en que se exprese la condición o plazo; y serán necesarias en ella la escritura pública y la insinuación e inscripción en los mismos términos que para las donaciones de presente". Dejando de lado la poco clara redacción de este artículo, parece evidente que la escritura pública se ha de exigir en todo caso que la donación o su condición se refieran a un bien raíz, de otro modo no se entendería con qué criterio distinguir entre la Escritura privada o pública, que pide este artículo. ¿Cuándo basta que sea escritura privada? Si no se implica ningún inmueble. Por ejemplo: se dona una cantidad de dinero con la condición de emplearla en adquirir una casa; aunque el objeto de la donación es mueble, pienso que debería constar en escritura pública, en vista de la condición.

74.3.6 También deben hacerse por escritura pública "las donaciones con **causa onerosa**, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio, expresando la causa", según dice el artículo 1420. Ahora bien, si no se da esta forma solemne, la donación misma no es nula, sino que no surtirá efecto la carga: se considerará como "donación gratuita", naturalmente siempre que se cumplan las demás exigencias, inclusive de forma.

74.3.7. Las donaciones a **título universal**, se sujetan a un cúmulo de exigencias formales: además de la insinuación, la escritura pública y su inscripción, se deberá hacer **inventario** de los bienes "so pena de nulidad",

según dispone el artículo 1423. Este artículo dice en el segundo inciso: "Si se omitiere alguna parte de los bienes en este inventario, se entenderá que el donante se los reserva, y no tendrá el donatario ningún derecho a reclamarlos", lo cual se coordina perfectamente con la prohibición de donar absolutamente todos los bienes, de manera que quedaría el donante en la indigencia (Art. 1424).

Se consideran como donaciones a título universal las de la generalidad de los bienes (salvo la necesaria reserva para el donante), o bien, de una cuota o parte proporcional de ellos. Está expresamente prevista la posibilidad de donar solamente el usufructo, o solamente la nuda propiedad, reservándose el usufructo, de todos los bienes o de algunos de ellos (Art. 1435). Estas donaciones, como las demás, se pueden someter a plazo y condición, por lo cual reaparece la necesidad de la escritura pública.

Alguna sentencia declara que si se enumeran todos los bienes que se donan, la donación es a título particular y no universal, por lo que no se requiere inventario solemne; y el donatario que aceptó, no puede alegar la nulidad porque supo o debió saber que la cuantía era superior a veinte mil sucres y debía pedirse la insinuación judicial que no se pidió.

La donación de acciones y derechos hereditarios no requiere del inventario indicado, si el donante tiene también otros bienes; pues, el inventario sólo debe formarse cuando la donación es de la totalidad de los bienes del donante o de una cuota de ellos.

74.4. La escritura y su inscripción, además, de servir de forma o solemnidad para las donaciones, cumple la **función probatoria**, y no sólo de la donación o de la promesa de ella, sino, eventualmente de la notificación al donatario y de la aceptación por parte de éste, que suelen constar en el mismo instrumento; aunque nada impide que actúe solamente el donante y que con posterioridad se realicen la notificación al donatario, la aceptación de éste y la notificación de la aceptación.

75. La insinuación para la donación

75.1. El diccionario de la Real Academia Español de la Lengua da la siguiente acepción jurídica de "insinuación". "Manifestación o presenta-

ción de un instrumento público ante juez competente, para que éste interponga en él su autoridad y decreto judicial. Se usa especialmente hablando de las donaciones". Tal definición supone que ya existe un instrumento y que éste ha de ser público; en nuestro sistema jurídico, la insinuación, procede antes de otorgar la escritura, a la cual generalmente se adjunta la insinuación como documento habilitante; además, puede darse el caso de una donación que no se haga mediante escritura pública y que, igualmente exija insinuación.

El inciso 2o. del artículo 1417 define: "Insinuación es la autorización del juez competente, solicitada por el donante o el donatario". No emplea nuestro Código el término "insinuación" sino exclusivamente para las donaciones. Por qué no se ha dicho directamente, "autorización judicial". Probablemente para matizar el concepto: no se trata de un permiso, que confiere una facultad que normalmente no se tenga, ni de levantar una prohibición, sino simplemente de constatar que el acto que se va a realizar no es contrario a la ley y no causa injusto perjuicio a otros.

75.2. La **finalidad** de esta intervención del juez es precisamente ésta: evitar que se obre ilegal o injustamente. Habría ilegalidad si el donante no puede disponer de sus bienes o está obligándose a un disposición contraria a derecho, si obra sin libre albedrío, si procede por una causa ilícita, o pretende donar a quienes no puede hacerlo (por ejemplo al guardador que aún no ha rendido cuentas). En otras circunstancias, el acto que se pretende realizar puede ser legítimo, pero, manifiestamente inconsulto, inconveniente para el propio donante, su familia o sus acreedores: si el benefactor va a quedar en la indigencia, convirtiéndose en una carga para otros, o a través de la donación dejará a sus futuros herederos en situación de no recibir su parte legitimaria en la herencia, o los acreedores no podrán ser pagados por la insolvencia del donante, es evidente que el juez no debe conceder la autorización.

75.3. Queda claro que la insinuación puede ser solicitada tanto por el que **desea donar**, como por aquel a quien se ha ofrecido o pretende **beneficiar**. Uno u otro, o ambos conjuntamente, deben dirigirse al "juez competente", que se ha de entender normalmente, el del domicilio, aunque tendría que considerarse también el lugar en que se hallan los inmuebles; esto tiene especial importancia en materia de Derecho Internacional Pri-

vado. Como nos hallamos ante una intervención del juez en un trámite no contencioso, normalmente no surge dificultad con relación a la competencia, pero no se puede extremar el principio de autonomía de la voluntad privada hasta el extremo de acudir a un juez que carezca de todo vínculo o relación con la donación que se va a realizar, se requiere que exista algún nexo de conexión que confiera competencia al magistrado; de otra manera, tampoco podría examinar la legalidad y la legitimidad de la proyectada liberalidad.

75.4. Como el juez debe apreciar que **no se contraviene al derecho ni se causa daño** a terceros, el solicitante deberá demostrar estos extremos. Las pruebas suelen ser de testigos que se refieren a la situación económica del donante: que tiene otros bienes para su subsistencia, que no es insolvente o no corre peligro de caer en insolvencia. No se puede, en cambio, prever de manera cierta si el donante perjudicará a posibles asignatarios forzosos forzosos, porque nadie puede saber ni cuando morirá una persona, ni cuáles serán entonces sus bienes y quienes tendrán al momento de la muerte el derecho de recibir una parte de ellos; sin embargo, por aproximación, si una persona no puede disponer más que de la mitad o de la cuarta parte de sus bienes (según los casos), para dejarlos en testamento a personas extrañas, parece que tampoco se debe autorizar un donación a extraños, que supere esa porción del actual patrimonio del donante, porque se supone razonablemente que la proporción se guardará, más o menos, hasta la muerte. Tampoco cabría autorizar la donación a un legitimario, en una cuantía tal que evidentemente amenace dejar sin su legítima a otros legitimarios actualmente existentes; más allá no pueden ir las previsiones: no cabe calcular los posibles futuros legitimarios ni la cuantía de los bienes en una sucesión que aún no se ha abierto.

75.5. La insinuación, se confiere, pues, **en base a pruebas**, pero de valor un tanto relativo. Por esto, los derechos de terceros, no se afectan por haberse concedido una insinuación judicial, con buen fundamento o sin él. Así, el legitimario que se vería privado de su legítima o de una parte de ella, puede solicitar, una vez producida la muerte del causante, la revocación de la donación autorizada a favor de otro, o la reducción de la misma, para que se cubra legalmente su derecho. También los acreedores perjudicados por la insolvencia en la que incurre el donante, podrán igualmente conse-

guir que se deje sin efecto la donación, aunque haya sido concedida la insinuación judicial.

75.6. La insinuación se exige en nuestro Código, para toda donación cuya **cuantía** sobrepase los **veinte mil sucres**. Esta suma se ajustaba a la reforma de 1969, pues antes hablaba el Código de mil **seiscientos sucres**, proviniendo esta cifra a su vez, de la antigua determinación de dos mil pesos, que desde 1888 equivalían a **mil seiscientos sucres**. La progresiva desvalorización de la moneda ha hecho que estos límites queden desactualizados: el siglo pasado con dos mil pesos se compraba una hacienda o una magnífica casa en la capital de la República; en 1970, con veinte mil sucres se podía aún adquirir un vehículo usado o un pequeño terreno rural. Ahora, se ha cambiado la moneda Sucre por el dólar.

Cuando se dona el derecho de recibir una pensión periódica, será necesaria la insinuación, siempre que la suma de las cantidades que han de percibirse en un quinquenio, excediere de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América, dice el artículo 1418.

75.7. La cuantía se **debe calcular**, como ordena el artículo 1421, descontando el gravamen, si lo tuvieren. Por ejemplo, quien donó cien mil dólares, pero con la obligación impuesta al donatario, de pagar deudas del donante por valor de noventa mil dólares, solamente se benefició con los diez mil restantes. Para calcular el valor de una donación, se ha de atender al valor total de la cosa donada y no la cuota de cada uno de los beneficiarios. Los únicos gravámenes que se descuentan, son los apreciables en una cantidad determinada de dinero.

75.8. Otras circunstancias en que es obligatoria la insinuación son las señaladas en los artículos 1420, 1423 y 1426. Según el primero de los citados, **si hay plazo o condición**, se debe expresar por escrito y habrá que demandar la insinuación según las mismas reglas que para las donaciones sin plazo ni condición, es decir, si son cuantiosos.

Las donaciones universales están sujetas necesaria insinuación, como lo orden el artículo 1423. Nótese que éstas pueden abarcar la casi totalidad de los bienes, o alcanzar solamente un cuota mínima, cuya cuantía puede ser igualmente insignificante; sin embargo se pide la insinuación, dado el

carácter universal. Como en éstas se requiere también el formar inventario de los bienes, esto facilitará al juez el considerar la justicia y conveniencia de la donación.
Las donaciones fideicomisarias también están sometidas al régimen de insinuación, como ordena el artículo 1426.

No se requiere insinuación para las donaciones **entre marido y mujer**, por ser siempre revocables y estar sometidas a distintas normas. El artículo 1422 declara expresamente que no están sujetas a insinuación judicial, "cualquiera que sea el valor de las cosas donadas".

75.9. La **omisión** de la insinuación no produce necesariamente la nulidad de la donación, sino su eficacia en cuanto al exceso de la cuantía fijada por ley Naturalmente, si la donación es universal o fideicomisaria, siempre se produce nulidad por falta de insinuación. La nulidad es **absoluta**, ya que se trata de una solemnidad impuesta para la validez del acto, y no puede sanarse ni por ratificación de las partes o de terceros, ni por prescripción adquisitiva ordinaria. Cabe, sí, que por el transcurso del tiempo se extinga la acción para pedir esta nulidad, la misma que puede ser declarada también de oficio, por el juez que conozca de una causa.

Quien conoció la causa de nulidad, o debió conocerla, no puede alegar dicha nulidad, pero si lo hace, el juez que conoce de la causa puede declarar la nulidad de oficio.

76. Aceptación de la donación

76.1. En todo contrato debe constar **la voluntad** de ambas partes, y siendo la donación un contrato, parece inútil insistir en este punto; sin embargo, presenta alguna peculiaridad, primero porque solamente el donante contrae obligaciones, mientras que las del donatario son accidentales, eventuales; por otra parte, la donación puede efectuarse en un tiempo prolongado, interponiéndose algún espacio entre la acción del donante y la aceptación del donatario. Finalmente, no basta que las dos partes hayan dado su consentimiento, sino que se exige que la aceptación del donatario se notifique al donante y éste llegue efectivamente a conocerla, solamente en este punto final, la donación se hace irrevocable.

Puig Brutau, como algunos otros autores modernos, considera que la donación no es un contrato, y la aceptación del donatario no convertiría en contrato la oferta del donante, sino que simplemente se haría en aplicación del principio de libertad, por el cual no se puede imponer un beneficio a ninguna persona.

76.2. Quien puede aceptar. El donatario, para aceptar válidamente, debe tener capacidad jurídica de ejercicio. El artículo 1427, en su último inciso dice: "Las reglas para la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones".

La aceptación puede realizarse directamente, por sí mismo, o bien por medio de mandatario con poder especial, o por medio de representante legal, si lo tiene el donatario.

76.3. Además, el derecho favorece la aceptación de donaciones, confiriendo una **representación legal** especial sólo para esto, a cualquier ascendiente o descendiente del donatario, con tal de que sean capaces, según dispone el inciso segundo del mismo artículo. Nótese que los representantes legales, tienen prohibición de hacer donaciones con los bienes del hijo o pupilo, en cambio, pueden aceptar, en nombre de él. Esta intervención excepcional de los ascendientes o descendientes, produce su efecto aunque el donatario tenga otra persona que sea su representante legal.

76.4. Todos los que actúan en nombre de otro, deben, desde luego, respetar las normas de la aceptación, como en el caso de las herencias y legados, haciéndolo, por tanto, con **beneficio de inventario**, siempre que se trate de donatarios incapaces.

76.5. Si la donación se ha hecho a **favor de varios individuos**, cada uno está facultado para aceptar lo que le corresponde; por lo demás, hay que aplicar la remisión a las reglas para la aceptación o repudio de las herencias o legados, también en cuanto se refiere al posible acrecimiento entre los varios beneficiados.

76.6. El **poder especial** que se refiere el artículo 1427, se ha de entender, "para recibir o aceptar donaciones", no necesariamente una determinada

liberalidad de tal persona y tal cosa, ya que esto sería restrictivo y la ley es favorable a la aceptación.

No se dice expresamente si la aceptación ha de constar en forma solemne, pero parece lógico que este acto constitutivo de la donación debe seguir la misma solemnidad del acto del donante: si éste lo hace por escritura pública, igualmente lo debe hacer el donatario. Muy frecuentemente en la misma escritura se hace constar la aceptación y queda notificado de ella el donante. El hecho de suscribir donante y donatario la misma escritura, implica aceptación y notificación, aunque no se haya dejado constancia expresa o no se haya usado la fórmula "aceptar" y "notificar".

76.7. En las donaciones que se hacen por escritura privada verbalmente, el acto de **recibir lo donado** se debe interpretar como aceptación; lo mismo, si el donatario estaba en posesión de la cosa, se le hace saber que es beneficiario de donación y a continuación la enajena a título personal; en este y en otras actitudes similares hay una aceptación tácita, que será suficiente, cuando no se exige escritura pública.

76.8. El requisito de poder especial, parece excluir la posibilidad de que un **agente oficioso** intervenga, sin embargo, nuestra jurisprudencia ha admitido esta manera de aceptar, sujeta a la ratificación del donatario capaz.

76.9. Así como el donante puede **desistir** de su acto generoso, mientras no sea aceptado por el donatario, éste su vez, también tiene la facultad de arrepentirse de la aceptación, hasta tanto que no sea notificad a la otra parte.

76.10. Se ha planteado la duda de si el donatario que inicialmente ha **repudiado** una donación, podría posteriormente aceptarla; pienso que se ha de dar la misma solución que al caso anterior: mientras no se haya notificado al donante, el donatario puede cambiar de parecer. Hecha la notificación al benefactor, el contrato queda concluido, perfecto y no se altera por la voluntad unilateral: se requeriría un acuerdo de las dos voluntades y esto sería propiamente otra donación.

76.11. El derecho de aceptar la donación **no se transmite** por causa de muerte. El artículo 1455 dice: "El derecho de transmisión establecido para

la sucesión por causa de muerte en el artículo 999, no se extiende a las donaciones entre vivos". Por tanto, si fallece el donatario sin haber ni aceptado ni repudiado una donación que no haya prescrito, no podrán tampoco hacerlo sus herederos. Entonces, no se habrá perfeccionado la donación, propiamente no ha llegado a existir, por falta de aceptación.

76.12. Las donaciones con cargo de restituir a un tercero, es decir **donaciones fideicomisarias**, se hacen **irrevocables** en virtud de la aceptación del fiduciario. El fideicomisario no tiene más que una mera expectativa de llegar a adquirir, por esto, no puede aceptar si a partir del momento de la restitución; con anterioridad solamente podrá repudiar, pero no aceptar, como ordena el artículo 1429.

Naturalmente, el fiduciario actuará por sí mismo o por medio de mandatario si es capaz, o por medio de representante legal, valiendo para él la especial representación de ascendientes y descendientes. Podría, por ejemplo, intervenir en la escritura pública con el donante, un padre de familia que actúa como representante legal de un hijo menor, y como agente oficioso en nombre de otro hijo mayor de edad.

Así como en las donaciones corrientes, mientras no hay la aceptación del donatario, el donante puede retractarse o modificar la donación, en el caso de las donaciones fideicomisarias se modifica esta regla, ya que el fiduciario que ha aceptado, no es el destinatario definitivo de los bienes, pero como éste no ha aceptado, ni puede aceptar hasta el momento de la restitución, se produce una situación especial que requiere la intervención conjunta del donante y del fiduciario par cualquier cambio. De tal manera se ordena en el artículo 1430: "Aceptada la donación por el fiduciario, y notificada la aceptación al donante, podrán los dos, de común acuerdo, hacer en el fideicomiso, las alteraciones que quieran, sustituir un fideicomisario por otro, y aún revocar el fideicomiso enteramente, sin que pueda oponerse a ello el fideicomiso". La forma de esos cambios debe ser la misma que requiere el género de donación: "Se procederá para alterar en estos términos la donación, como si se tratase de un acto enteramente nuevo", dice el inciso final del mencionado artículo.

77. Efectos de la donación

77.1. La original naturaleza jurídica de la donación entre vivos, irrevocable y que sin embargo en ciertas circunstancias sólo se afianza definitivamente con la muerte, hace que se apliquen a ella, disposiciones propias de la **sucesión hereditaria y de los contratos.** El artículo 1432, introduciendo otras reglas sobre los efectos de la donación, dice lo siguiente: "Las reglas concernientes a la interpretación de las asignaciones testamentarias, al derecho de acrecer, y a las sustituciones, plazos, condiciones y modos relativos a ellas, se extienden a las donaciones entre vivos. En lo demás que no se oponga a las disposiciones de este Título, se seguirán las reglas generales de los contratos".

Por tanto, hay que afirmar en primer lugar, que -como sucede en los testamentos y en los contratos-, debe prevalecer la voluntad del que hace la donación, quien dispone de una amplia libertad para establecer modalidades, condiciones, cargas, que deberán interpretarse y cumplirse ajustándose en todo lo posible a dicha voluntad.

77.2. Los efectos naturales de la donación se reducen a la obligación del donante de **entregar y transferir** lo donado y la obligación del donatario de guardar una conducta que exprese **gratitud** hacia el donante.

Una vez perfeccionada la donación, por la notificación de la aceptación del donatario, el donante tiene la obligación de **entregar** la cosa donada, si no lo ha hecho antes.

La entrega o tradición, produce la transferencia del dominio, y se ha de realizar de la manera correspondiente a los bienes que se donan. Si lo donado son inmuebles, se requiere la inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad. Otro tanto se aplica a la donación de cosas muebles, si es con la condición de adquirir o invertir en inmuebles (Art. 1419) y las donaciones a título universal (Art. 1423). También deben inscribirse las donaciones del usufructo, uso, habitación o fideicomiso de un inmueble, o si se constituye una servidumbre predial por vía de donación.

77.3. En caso de que el **donante no entregara** lo que donó, el donatario tiene acción judicial para exigírselo *(ex adimpletii contractus)*, y si probare mala fe en el benefactor, le podría obligar a la indemnización de perjuicios.

77.4. Pero esta acción, no tiene el mismo alcance que si se tratara de un contrato oneroso, como la compraventa. Muy razonable limitación es la establecida por el artículo 1433: "El donante de donación gratuita goza de **beneficio de competencia** en las acciones que contra él intente el donatario, sea para obligarle a cumplir la promesa o donación de futuro, sea demandando la entrega de las cosas que se le ha donado de presente".Por consiguiente, no se exigirá al donante más de lo que puede entregar, sin caer en indigencia. Ya que no podía donar, sin la reserva de lo necesario para una congrua subsistencia como ordena el artículo 1424, tampoco se le privará de lo indispensable para su sustentación. Puede suceder que el momento de la donación haya dispuesto de más bienes y que, impensadamente se vea privado de ellos, antes de hacer efectiva la entrega; pues bien, no estará obligado a entregar sino dentro de esos límites razonables.

77.5. Puede plantearse el raro caso de que el donante se haya puesto por sus propios actos en situación de **no poder cumplir** la entrega de lo donado, por ejemplo, porque ha realizado otras donaciones o negocios desventurados que hayan disminuido considerablemente el patrimonio. Si hay varias donaciones sin cumplir, parece que equitativamente deben disminuirse todas de modo que los beneficiarios reciban una parte proporcional; aunque otra solución sería la de preferir a la más antigua y reducir o no hacer efectivas las que con posterioridad se hubieren hecho. La primera solución parece más equitativa, ya que no se trata de obligaciones onerosas, sino gratuitas: el donante, en rigor no estaba obligado a dar sus bienes, y si los ha prometido o donado a varios, se ha de procurar beneficiar a todos, en la medida de lo posible.

77.6. El donante puede haber hecho la **"promesa de no donar"**, prevista en el artículo 1272, y si faltara a esta obligación, poniéndose como consecuencia de esto en circunstancias de no poder cumplir la obligación, debería indemnizar al primer donatario. Esta es la única estipulación válida, sobre sucesión futura.

77.7. La obligación de entregar, lleva consigo la de dar los **accesorios**, títulos y demás cosas que generalmente se comprenden en la tradición de una cosa principal. Igualmente el donante debe los **frutos producidos** desde el momento en que se perfeccionó la donación; si los hubiere consumido o enajenado, deberá indemnizar al donatario, puesto que realmente ya eran suyos.

Hay una diferencia grande entre la donación por causa de muerte y la entre vivos, en cuanto a los frutos, porque en la primera, los frutos no se atribuyen al donatario sino desde la muerte del donante (salvo expresa determinación en contrario), mientras que en la donaciones irrevocables, entre vivos, los frutos pertenecen al donatario desde que se perfecciona el contrato, salvo que se disponga otra cosa; es relativamente frecuente que el donante se reserve expresamente el derecho de usufructo, o solamente los frutos por un tiempo, o por toda la vida, lo cual es legal. (Cfr. Art. 1228)

La **equidad** impone que el donatario reconozca a favor del donante, los gastos que haya realizado para la producción de los frutos o para la conservación y entrega de la cosa, ya que él se beneficia de lo principal y de las accesiones.

77.8. Normalmente será el mismo donante quien verifique la tradición de las cosas, pero si, una vez perfeccionado el contrato muriere o se incapacitare, serán los **herederos o el representante legal**, quienes deban efectuar la entrega. Naturalmente, se supone que no exista un plazo o condición pendientes.

En el juicio seguido por el donatario para obtener la entrega de la cosa donada, no puede alegar el donante que la donación es nula, esto debe probarlo previamente y mientras no lo haga, se presume la validez de una donación hecha por escritura pública y debidamente inscrita.

77.9. Mientras la cosa esté en poder del donante, una vez perfeccionado el contrato, deberá conservarla con mediana diligencia, y respondería de la pérdida o daños causados por su culpa. Solamente si incurre en mora, respondería también del caso fortuito producido durante tal mora.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECU. SIB - UCE

77.10. Por regla general, no está obligado el donante a garantizar ni contra la **evicción ni por vicios ocultos**, sin embargo, por excepción si caben las acciones correspondientes.

Desde luego, el donante no puede él mismo realizar actos que privarían judicialmente al donatario de la cosa que le ha entregado o debe entregarle; el proceder así significaría no cumplir la fundamental obligación de transmitir el dominio. La exoneración de la garantía de evicción se refiere a terceros, pero no, como es evidente, a sus **propios actos**.

77.11. Si de cualquier manera, el donante ha realizado actos o contratos por los cuales **un tercero ha llegado a ser dueño** de la cosa donada y no puede entregarla por tanto al donatario, tendrá que indemnizarle por el valor de lo que tenía ya derecho de recibir.

Si la donación no es enteramente gratuita sino que comporta cargas u obligaciones impuestas al donatario, en la medida en que se desvirtúa la donación y deja de ser contrato gratuito y se convierte en oneroso, surge la obligación del donante de garantizar al donatario por evicción. No sería lógico ni justo que se enriqueciera el donante a costa del donatario a quien se haya obligado a pagar deudas de cuantía tal que absorban el valor de lo donado o lo superen.

En las donaciones **remuneratorias** propiamente dichas, el donatario tiene verdadero derecho a recibir la cosa libre de gravámenes y, si llega a perderla por una causa jurídica anterior a la donación, tendrá derecho a ser indemnizado por el donante.

Borda señala con acierto, otra circunstancia en que se debe garantía de evicción: si el donatario llega a perder la cosa por la falta de cumplimiento del donante de una obligación que él asumió, por ejemplo, pagar un crédito garantizado con hipoteca de la cosa donada. Muchos autores señalan que surge la obligación de garantizar contra la evicción en las donaciones onerosas, como se considera la hecha por causa de matrimonio (con la carga de sobrellevar los gastos del hogar), y en todos los casos en que voluntariamente se haya estipulado tal garantía.

77.12. Fuera de estos casos de excepción, el donatario no tiene acción de garantía contra el donante para reclamar contra la evicción que sufra; pero, si la causa de la evicción es **imputable al antecesor en el dominio del donante**, el donatario podrá dirigir la acción contra aquel antecesor; por ejemplo, el donante compró una finca y la donó y resultó no ser del donante ni de su vendedor sino de un tercero que la reivindicó: el donatario no podrá reclamar al donante, pero si al vendedor del donante, ya que se subroga en las acciones de éste contra el vendedor.

77.13. En cuanto a los **vicios ocultos**, aunque haya podido o debido conocerlos el donante no le obligan a indemnizar al donatario, pero si causan un perjuicio al beneficiario, sí tendrá que indemnizarle, como en todo caso en que se causa un perjuicio. Por ejemplo, una persona dona un animal enfermo, que contagia su enfermedad y produce la muere de otros animales del donatario, es obvio que en estas circunstancias hay que reparar el daño producido.

77.14. En cuanto a la obligación del donatario, de observar una **conducta grata** hacia el donante, se concreta en dos obligaciones, una negativa y otra positiva pero eventual. La negativa consiste en no ofender al donante en forma análoga a como se incurre en indignidad para heredar, y la obligación positiva eventual, es la de darle alimentos si cae en indigencia. Naturalmente, se pueden agregar otras obligaciones voluntariamente, como la de cumplir ciertas cargas, pasar una parte de los bienes a otro (fideicomiso), o cancelar deudas del donante.

77.15. En las donaciones de especies o cuerpos ciertos, no se incluye la obligación de pagar las **deudas del donante**, salvo que expresamente así lo contraten las dos partes.

El Código se refiere, en cambio, a las donaciones a título universal, y en éstas el donatario asume las mismas obligaciones que los herederos, pero sólo respecto de las **deudas anteriores** a la donación, o de las futuras que no excedan de una cantidad específica determinada por el donante en la escritura de donación", según prescribe el artículo 1434. Por consiguiente, estas donaciones, que necesariamente se hacen por escritura, acarrean la obligación de pagar las deudas del Donet; como la aceptación se hace **con beneficio de inventario**, solamente se contrae la obligación hasta el mon-

to de las cosas donadas, pero si faltare el beneficio de inventario, el donatario tendría que cubrir las deudas aún con bienes propios, con lo que el verdaderamente favorecido sería el donante, o sus herederos.

77.16. Cuando se ha impuesto expresamente al donatario a título singular, la **obligación de pagar las deudas**, estará realmente obligado a hacerlo, pero los acreedores no pierden el derecho de cobrar al donante, si lo prefieren; únicamente si se les notifica el traslado de la deuda y lo aceptan libremente, ya no podrán ejecutar al donante sino solamente al donatario, como dispone el artículo 1435.

77.17. Como el donante debe **reservarse** lo necesario para su congrua subsistencia, debe, lógicamente, reservarse lo que le permita cubrir sus deudas actuales (Art. 1424), y si no hubiere tenido esta previsión, los acreedores pueden ejercitar la acción Pauliana, para rescindir la donación o reducirla en términos que permitan al donante cumplir la obligación frente a ellos.

77.18. También hay lugar a la **reducción y aún a la devolución** de todo lo recibido en donación, cuando, abierta la sucesión hereditaria del donante, resulta que no alcanzan sus bienes para cubrir las porciones debidas a los legitimarios (legítimas y mejoras), pero en este supuesto no se trata de deudas, sino de un mecanismo jurídico establecido para garantizar a la familia, principalmente a los descendientes.

77.19. Si los acreedores, en lugar de cobrar al donante, han preferido ejecutar al donatario a título singular, y éste ha pagado una obligación de su benefactor, sin haberse obligado previamente a ello, tendrá **derecho de repetir** frente al donante, ya que ha pagado una obligación que no le incumbía a él sino al donante, salvo que expresamente hubieren pactado lo contrario. El donatario que recobra lo pagado en nombre del donante, debe también recibir intereses sobre el dinero pagado, salvo que se compensen estos intereses con los frutos que haya percibido de la cosa donada, según lo ordenado por el inciso segundo del artículo 1439.

77.20. Las **deudas futuras**, como claramente expresan los artículos 1434 y 1436, solamente se pueden imponer hasta una cantidad determinada; si no fuera así, la donación se convertiría en un contrato aleatorio, en el cual

podría resultar beneficiado el donante por quedar descargado de deudas en una cantidad superior al monto de los bienes de los que se desprendió, y esto pugna contra el sentido de la donación que es liberalidad favor del donatario. La falta de determinación previa de la cantidad máxima de deudas que esté obligado a pagar el donatario, produciría en la práctica el efecto de que la donación no sería irrevocable, ya que al endeudarse el donante podría dejar sin ninguna ventaja al aparentemente favorecido.

77.21. La obligación de prestar **alimentos al donante** está contenida en el numeral 7o. del artículo 349: "Se deben alimentos (...) 7o. al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada".

Qué deba entenderse por **"donación cuantiosa"**, es cuestión debatida. Algunos opinan que comprende a todas aquellas para las que se exige insinuación; este criterio podía aceptarse en los orígenes del Código pero no posteriormente, cuando el límite de las donaciones sin insinuación ha quedado en una cantidad ridícula. Ahora, no cabe otra solución que dejar al criterio del juez el apreciar como "cuantiosa" la donación que comprenda una parte importante de los bienes del donante.

Nótese que el artículo 354 señala que los alimentos deben pedirse en primer lugar al cónyuge y al que hizo una donación cuantiosa; por consiguiente, los ascendientes, descendientes y los hermanos del donante, podrían excepcionarse, señalando al donatario como más obligado que ellos; solamente a falta (que incluye la posible insolvencia) de una persona obligada, se pasa a las siguientes en el orden de prestación de alimentos.

77.22. Hay otros **efectos accidentales** y eventuales de las donaciones.

Según dispone el artículo 1634 numeral 10, "No son embargables: Los bienes raíces donados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente. Pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquieran". A través de la cláusula de "de no embargable", se viene a constituir una especie de patrimonio familiar; esto no se puede admitir de un manera irrestricta, sino dentro de los razonables límites, de suerte que no se perjudique a los acreedores, quienes no perderían el derecho de

ejercitar la acción Pauliana, si se ha hecho una donación en perjuicio de sus créditos.

Los padres que hayan sido privados de la patria potestad o de la guarda de sus hijos, no pueden nombrarles tutor o curador testamentario, como dispone el artículo 385, pero, si hacen a favor de tales incapaces una donación de parte de sus bienes que no se incluya en la legítima o que supere dicha porción hereditaria, entonces si pueden nombrar guardador testamentario especial, para la administración de dichos bienes, por disposición del artículo 386.

78. Resolución, rescisión y revocación de las donaciones

78.1. No hay contradicción entre el concepto de donación irrevocable, y lo que establece los artículos 1428 y 1430, que permiten la revocación de las donaciones, porque en ambos se trata de las que no han sido todavía aceptadas por el donatario y notificadas al donante, de modo, que propiamente todavía no existen, se están formando, se hallan en proyecto, en vías de consumarse, pero aún no son irrevocables.

Los otros casos que vamos considerar a continuación, suponen la plena celebración de la donación, y constituyen **excepciones** al carácter permanente de este título gratuito.

78.2. Resolución. Se resuelve un contrato si surte efecto una condición resolutoria, es decir, cuando se ha subordinado las obligaciones, a un hecho futuro e incierto. Bien sabemos que la condición puede ser positiva o negativa, pero viene a dar el mismo efecto el cumplimiento de la una condición positiva, que la imposibilidad o seguridad de que no se cumpla la negativa. En ambos casos, la voluntad de las partes, ha sido la de que desaparezca la obligación, y esa voluntad está protegida por el derecho. A diferencia de la condición suspensiva, que mantiene pendiente el derecho, hasta que se cumpla o deje de cumplirse una condición, en la resolutoria, la obligación tiene vigencia, puede exigirse, se cumple legalmente y produce efectos hasta que deja de tener validez y entonces se "resuelve" el contrato, volviendo las cosas a su estado anterior o debiéndose las indemnizaciones correspondientes para compensar la imposible retroactividad, en ciertos casos.

Como la donación es un contrato, una vez perfeccionada, puede resolverse, si no se cumple la condición positiva o si se realiza la condición negativa, es decir, si el donatario no cumple aquello a que legítimamente se obligó.

78.3. La **condición** ha de consistir en una conducta del donatario: acción u omisión suya, o de un tercero, pero en ningún condición puede depender de la sola voluntad del donante, porque esto equivaldría a desvirtuar el carácter irrevocable de la donación: quedaría al libre arbitrio del donante que subsista o no subsista la donación, y esto es contrario a la naturaleza de la donación.

78.4. La condición resolutoria, según nuestro Código, **debe ser expresa**, no se presume. Únicamente las donaciones por causa de matrimonio llevan implícita la condición de celebrar o haberse celebrado el matrimonio, según dice el artículo 211. Es decir, que si se trata de donaciones de un esposo a otro, o de un tercero a uno de los esposos, en consideración del matrimonio, la donación se resolverá si el matrimonio no se celebra o no se ha celebrado, por ejemplo porque uno de los esposos ha muerto o se ha casado con distinta persona de aquella a la que prometió matrimonio, o si habiéndose celebrado el matrimonio se declara nulo.

78.5. Tradicionalmente se ha admitido en muchos **derechos extranjeros** dependientes del Código de Napoleón, dos condiciones implícitas: la sobrevivencia del donatario al donante y la de sobrevenir uno o más hijos al donante. En nuestro sistema no se aceptan estas condiciones tácitas; pero sí se podrían pactar expresamente y tendrían pleno valor.

Como nuestro Código deriva también del francés a través del proyecto de Bello, se juzgó oportuno descartar expresamente esas condiciones tácitas. Así, el artículo 2132 dice que: "en las donaciones entre vivos o asignaciones testamentarias por causa de matrimonio no se entenderá la condición resolutoria de faltar el donatario o asignatario sin dejar sucesión, ni otra alguna que no exprese en el respectivo instrumento, o que la Ley prescriba". No era indispensable esta norma, ya que, debe constar la condición expresa, pero resulta más claro este punto por la mencionada disposición, aunque adolece de cierta imprecisión al hablar "dejar sucesión", puesto

que toda persona deja siempre algún sucesor, aunque no se más que el Estado, llamado en último lugar a sucederle; lo que se quiere expresar es "sin dejar descendientes".

Inspirada en esa misma razón, dice el artículo 1440: "La donación entre vivos no es resoluble porque después de ella le hayan nacido al donante uno o más hijos; a menos que esta condición resolutoria se haya expresado en la escritura pública de la donación". Este artículo añade al contenido del 213, que la condición debe ser la misma escritura pública, mientras que en el 213 se pedía solamente que lo fuera en "el instrumento respectivo".

78.6. Casos de resolución **previstos por la ley**, son los contenidos en los artículos 1223 y 1224, que se aplican tanto a las donaciones revocables como a las irrevocables, entre vivos. El primer caso consiste en que si se hace una donación "a título de legítima" a una persona que no fuere entonces legitimaria del donante, y el donatario no adquiere después la calidad de legitimario, se resolverá la donación. Aquí la condición no es totalmente de un hecho futuro, sino de una calidad actual, que se puede adquirir en lo futuro: la de legitimario.

El segundo caso está contemplado en el artículo 1224: "Si se hiciere una donación revocable o irrevocable, a título de mejora, a una persona que se creía una de las designadas en el artículo 10264, y no lo era, se resolverá la donación. Lo mismo sucederá si dicho donatario ha llegado a faltar por incapacidad, indignidad, desheredamiento o repudiación". Es decir, que en toda donación se incluye la condición de que el beneficiario tenga la calidad legal en consideración a la cual se le hace el don. Si falta esa calidad de legitimario o de sucesor con derecho a mejora, no se cumple la condición y la donación "se resolverá". Aquí entramos en un punto de contacto con la revocación por ingratitud, porque los indignos o desheredados se consideran ingratos y el donante puede revocar las donaciones que les hubiere hecho.

78.7. La resolución, no requeriría de acción judicial, si es evidente el incumplimiento de la condición, pero si se resiste el donatario a devolver lo recibido, el donante podrá **acudir al juez**.

78.8. Pronunciada sentencia, o cumplida voluntariamente la devolución, hay que reconocer al donatario de buena fe el **derecho a los frutos** percibidos y recompensa por las mejoras que hubiere introducido en la cosa. El donatario que hubiere adecuado de mala fe no puede reclamarlos, será considerado poseedor de mala fe y tratado como tal. El artículo 1504 establece: "Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, hayan dispuesto lo contrario".

78.9. Como las cosas se **retrotraen** al estado inicial, al momento en que se perfeccionó la donación que luego se resuelve, se crean problemas muy serios si el donatario ha enajenado la cosa, o lo ha gravado. El donante tendrá derecho a no sufrir perjuicio por estos actos del donatario, pero no podrá reclamar a terceros que hayan adquirido legalmente la cosa, sino la correspondiente indemnización al donatario.

79. Rescisión

Es la declaración de nulidad de un acto o contrato mediante sentencia judicial.

79.1. Se aplica a las donaciones en los varios casos de nulidad, sea por falta de capacidad, de consentimiento, de objeto o causa lícita o de solemnidad exigida por la ley; todas estas **causas** pueden originar la nulidad, y, debidamente probadas, será declarada por el juez la rescisión de la donación.

79.1.1. Uno de los casos más notables consiste en la rescisión producida por la acción de **"inoficiosa donación"**, es decir, cuando el donante ha dispuesto en exceso de bienes que no podía donar, perjudicando así a sus legitimarios. Estos pueden impugnar la donación, una vez abierta la sucesión, y si logran probar su derecho y que la donación ha sido excesiva, alcanzarán la reducción de ésta, o su rescisión total.

Si el benefactor ha hecho sucesivas donaciones y en total el monto de ellas excede la parte de libre disposición de sus bienes, calculada al momento de su muerte, la anulación o reducción de las donaciones se hace en orden inverso, es decir, comenzando por las más recientes y llegando hasta las más antiguas, de ser necesario.

79.1.2. Se rescinde también la donación, si el donatario no cumple **alguna carga** que se le haya impuesto en la donación. Dice el artículo 1442: "Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante, o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación. En este segundo caso será considerado el donatario como poseedor de mala fe, para la restitución de las cosas donadas y los frutos siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta. Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en el desempeño de su obligación, y de que se aprovechare el donante".

A veces se emplea el término rescisión, en lugar de decir con mayor precisión "resolución": si ha existido una condición resolutoria que no se ha cumplido, lo que compete es pedir la resolución, no la rescisión. En una donación hecha por el Municipio de Manta, con la condición de que en el plazo de tres años se edifique en el terreno donado, procedió el Municipio a "rescindir", por su propia autoridad, el contrato incumplido, pero la sentencia de la Corte Suprema rechazó esta actuación y afirmó la necesidad de demandar la resolución del contrato, además de que solamente el momento en que se inscriba la sentencia favorable, el Registro de la Propiedad, volvería la propiedad al primitivo propietario.

80. Revocatoria de la donación

80.1. Según el artículo 1163, "donación entre vivos es lo mismo que donación irrevocable", salvo el caso especial de las donaciones **entre cónyuges**, que pueden siempre revocarse. Hemos expuesto que la irrevocabilidad es una de las características fundamentales de la donación entre vivos y esto corresponde a su carácter contractual, ya que los contratos son ley entre las partes, y como tales no pueden alterarse por la sola voluntad arbitraria de una persona. Sin embargo, el carácter de acto de liberalidad o beneficencia, que compromete la gratitud del beneficiario, hace que el legislador admita la posibilidad de revocar las donaciones entre vivos en casos excepcionales. Precisamente por ser casos excepcionales, se han de **interpretar restrictivamente**: sólo en los supuestos previstos por la ley, y sin que se pueda extender analógicamente a otro.

Antes de la perfección del contrato, es posible la revocatoria de la voluntad de donante, a su arbitrio, mientras no se le haya comunicado a él la aceptación del donatario, como dispone el artículo 1428. Y en las donaciones fideicomisarias, cabe esa revocación, hasta la aceptación del fideicomisario, conforme al artículo 1430. Pero en estos casos, no se trata de donación ya perfecta, sino de donación que está en vía de llegar a su perfeccionamiento contractual.

80.2. La **persona legitimada** para revocar, es el donante, a quien se le confiere esta facultad, de la que puede hacer uso o no utilizarla.

La facultad de revocar, se entiende, en el sentido de que puede demandar la revocatoria, no en el sentido de que por su propia autoridad pueda dejar sin valor el contrato. Sin embargo, podrían las partes estipular esta última facultad, aunque, si el donatario se resistiere a entregar la cosa, tendría de todas maneras el donante que recurrir a la justicia.

80.3. No se concede la facultad de **revocar por ingratitud** del donatario, a los acreedores del donante, ni a los beneficiarios del cargo que hubiere impuesto a la donación, y hay mucha razón para no conceder a estas personas la legitimación para la acción revocatoria, porque ésta no se funda en el incumplimiento de las cargas o el no pago de las deudas, sino en la ofensa hecha al donante, que tiene carácter personal.

80.4. Si el donante no hace uso de la facultad de revocar hasta la muerte, sus herederos no podrían **iniciar la acción**. Se admite, en cambio, que iniciada la acción por el donante, si fallece, pueden continuarla los herederos.

También, por excepción, podrán demandar los herederos, si el motivo de la revocatoria consiste precisamente en la muerte causada al donante por el donatario, o hay otra causa surgida después de la muerte o en el momento mismo de la muerte del benefactor.

80.5. El donante puede **perdonar la ingratitud** del donatario y no iniciar la acción revocatoria, o bien, desistir de la acción ya iniciada. Si deja pasar el tiempo dentro del cual puede presentarse la acción y ésta prescribe, tal

actitud debe interpretarse como un perdón tácito y una renuncia tácita a ejercitar la facultad de revocar.

La persona que desea hacer una liberalidad puede optar por varias figuras jurídicas, entre ellas las dos más importantes son las donaciones revocables (por causa de muerte), o las irrevocables. El carácter revocable o irrevocable depende de lo que decida el donante, de su voluntad; aunque, naturalmente, tendrá que cumplir lo respectivos requisitos para una otra donación. En ciertos casos puede no aparecer con claridad la verdadera voluntad del donante, pero se deducirá de la forma o solemnidades: si hizo testamento, será necesariamente revocable; si pidió insinuación judicial, es signo de querer hacer una donación irrevocable; y si en la escritura pública consta la aceptación y notificación de ella, aparece con mayor fuerza la determinación de hacer una donación irrevocable. Por el contrario, la donación por causa de muerte no produce efecto sino a partir del fallecimiento del causante, salvo que hubiere hecho entrega de lo donado, en vida, pues entonces otorga por la tradición al beneficiario, los derechos de usufructuario.

Aunque el margen que da la ley al donante es muy amplio, no puede sobrepasar ciertos límites, impuestos para tutelar sus propios intereses, los de la familia, de eventuales legitimarios, y de los acreedores, por esto, se exige la insinuación judicial, y una vez concedida esta autorización del juez, el donante que procede a perfeccionar la donación, solamente podrá revocarla por graves causas que denotan ingratitud del donatario.

80.6. Muy distinta de la revocatoria de que estamos tratando, es la que se produce después de **muerto el donante**, por disposición judicial también, para completar las legítimas o mejoras que no pudieren cubrirse con los bienes dejados por el causante. En varios artículos del Código se habla de estas últimas, como cuando se ordena la formación del acervo imaginario (Art. 1208) o se establece qué donaciones se imputan a las legítimas (Art. 1221) o a las mejoras (Art. 1223). Todo este procedimiento de reducción o de revocación de donaciones hechas en vida, no suponen una causa de ingratitud, sino simplemente una protección de la familia.

El mero silencio del testador no implica revocación de las donaciones que podía revocar, y mucho menos de las irrevocables (Art. 1241).

80.7. Como solamente el donante está llamado a revocar la donación, si ésta se perfeccionó ya por la expresión del consentimiento, no hay inconveniente en que se **inscriba** la escritura, incluso después de la muerte del donante: ya se hizo la donación y si falta la inscripción, esto atañe al cumplimiento de la obligación, lo cual puede ser realizado por los herederos o a petición del mismo donatario interesado en obtener la tradición.

80.8. La acción revocatoria solamente se sigue contra el donatario ingrato, **no contra sus herederos**; en caso de morir el donatario antes de iniciada la acción, no podrá demandarse, porque se trata de una ofensa personal, que no pasa a los herederos; en cambio si ya estuvo incoada la litis, puede continuar después de la muerte del demandado.

80.9. Las causas por las cuales el donante puede revocar la donación irrevocable ya perfeccionada, son las señaladas en el artículo 1444, además de otras causas legales, para **especiales** donaciones, que veremos más adelante.

El artículo 1444 dice: "La donación entre vivos puede revocarse por **ingratitud.** Se tiene por acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciere indigno de heredar al donante".

La causa general consiste, pues, en la ingratitud del donatario, y ésta se manifiesta por hechos ofensivos del donatario, que le hicieren indigno de heredar al donante. Los artículos 1010 a 1014 y 1321, señalan las causas de indignidad, que consisten, todas ellas, en graves injurias contra la persona o bienes del causante, de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

80.10. El **desheredamiento** se produce por causas casi todas coincidentes con las de indignidad, y priva a un legitimario de lo que habría debido recibir como asignación forzosa o como su parte en la herencia intestada. Tanto la indignidad como el desheredamiento deben ser declarados por sentencia judicial. "El legitimario que ha sido indebidamente desheredado, tendrá derecho para que subsistan las donaciones entre vivos comprendidas en la desheredación", dice el artículo 1240, de donde se deduce que si el desheredamiento fuere legal, pierde el heredero también las donaciones entre vivos que le hubiere hecho el mismo causante.

Las causas que justifican la revocación de las donaciones se equiparan a las del desheredamiento, también en el artículo 329, ya que unas y otras sirven también para revocar una adopción; en una palabra, se trata de hechos muy graves que autorizan a quitar sus efectos normales a instituciones tan sólidas como las herencias, las adopciones o las donaciones irrevocables.

Corresponde a los jueces apreciar la gravedad de expresiones, actitudes, daños materiales causados etc., para calificar como ingratitud una conducta concreta. Hay sentencias que ilustran estos criterios de gravedad de las ofensas.

80.11. Las donaciones **entre cónyuges**, aunque hechas entre vivos, por excepción pueden siempre revocarse, y no se requiere causa alguna, ni trámite judicial: basta la voluntad del donante, porque se trata de liberalidades provisionales por su misma esencia.

80.12. En cambio, si se han hecho donaciones **irrevocables a uno de los cónyuges**, -por ejemplo antes del matrimonio, o en las capitulaciones matrimoniales y por causa del matrimonio-, entonces entran en el régimen normal de irrevocabilidad. Para estas donaciones irrevocables, se dan algunas causas especiales que sí permiten la revocatoria: el artículo 114 permite al cónyuge inocente revocar las donaciones que hubiere hecho al culpado, siempre que éste haya dado causa al divorcio, salvo los casos contemplados en el artículo 110, causal 8a. e inciso 2o. De la causal 11 (es decir: enfermedad y separación de más de tres años). Entendemos que esta revocatoria de las donaciones por parte del cónyuge que no ha dado motivo para el divorcio, se refieren a las donaciones irrevocables, y que para las normales donaciones entre cónyuges no se necesita alegar ninguna causa.

80.13. Lo mismo sucede con el artículo 212: "Declarada la nulidad del matrimonio podrán revocarse las donaciones que, por causa del matrimonio mismo se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe, con tal que de la donación y su causa haya constancia por escritura pública". Se presume la causa de matrimonio en la escritura celebrada por esposos. Pero no puede revocar el esposo que contrajo de mala fe como dispone el artículo 94. Y, finalmente, en el artículo 214 se prevé la disolución del matrimonio antes de consumarse, que permite al cónyuge de buena fe revocar las donaciones, como en el caso del artículo 212; esta disolución del matrimonio no

consumado, no está regulada en ninguna parte del derecho civil y constituye una remisión al derecho canónico, en el que existe esta figura jurídica.

80.14. Entre las causas de indignidad y de desheredamiento, hay una que tiene especial relevancia como causa también de revocatoria de donaciones irrevocables, me refiero al numeral 3 del artículo 1010 y al numeral 2o. del artículo 1231; en ambos se trata del consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive, que **no socorrió** al que se hallaba en estado de demencia o desvalimiento. El que hizo una donación cuantiosa tiene derecho a alimentos, a ser atendido en esas circunstancias de indigencia, y el incumplimiento de este deber justifica la revocatoria de la donación irrevocable.

80.15. No se pueden intentar **acciones incompatibles**, contradictorias, por esto, no cabe demandar la revocación de una donación y pedir a la vez que se la declare nula; si se intenta revocar, se parte del presupuesto de que existe una donación válida. Así lo ha reconocido la jurisprudencia.

Tampoco se puede demandar la nulidad de una donación por no haber sido aceptada por el donatario. La falta de este requisito significa que la donación no estuvo perfeccionada, y pudo ser libremente revocada por el donante, como lo han reconocido sentencias antiguas y modernas.

80.16. El donante puede tener **varias posibles acciones**, como en el caso de que el donatario no haya cumplido una carga que se le impuso y aceptó. Le podrá demandar el cumplimiento o la resolución del contrato. Pero si muere el donante, se discute si pasa a los herederos esta opción; Planiol opina, al parecer con razón, que no hay inconveniente en que después de haberse intentado inútilmente que el donatario cumpla su obligación, se le pueda demandar con la acción resolutoria o la revocatoria (en caso de ingratitud), es decir, que no hay inconveniente en intentar sucesivamente más de una acción.

Si pasa la acción a los herederos, se puede intentar contra uno de ellos, en la parte que le corresponde, pues la propiedad es divisible y la acción para recuperar la propiedad también debe serlo.

80.17. El donatario vencido en la acción de revocación, está obligado a **restituir** la cosa donada, si la conserva, o a pagar su valor si ya no existe o la ha enajenado legalmente.

Además, responderá de los deterioros o disminución de valor, ya que se le considera poseedor de mala fe, desde el momento de la perpetración del hecho ofensivo que originó la revocatoria de la donación, según dispone el artículo 1445.

80.18. "La acción revocatoria **termina** en cuatro años, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, y se extingue por su muerte; a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida, o que el hecho ofensivo haya producido la muerte del donante, o ejecutándose después de ella. En estos casos la acción revocatoria se transmite los herederos", dice el artículo 1446.

También se admite la intervención judicial de otras personas, si el donante "ha perdido el juicio, o por otro impedimento, se halla imposibilitado de intentar la acción"; estas otras personas serán su guardador, sus descendientes o ascendientes o su cónyuge, según el artículo 1447. Tenemos, pues, otro caso de amplia representación, excepcional, concedida con la finalidad de que se haga justicia. Entendemos que si muerte el donante mientras sus representantes seguían el juicio de revocatoria contra el donatario, corresponderá a los herederos el continuar la acción judicial.

81. Efectos de la revocatoria de las donaciones, respecto de terceros

81.1. En el plano doctrinal, se distingue la terminación de la donación, por rescisión, por resolución y por revocatoria, en lo relativo a lo efectos frente terceros. En efecto, la rescisión, que declara la existencia de una causa de nulidad, da fundamento para **retrotraer** los efectos al momento de la donación: si fue nula, todo lo acaecido después de ella carece de valor; la resolución por incumplimiento de una carga o condición que constaba en la misma escritura de donación, también consiente esa retroactividad, sin causar perjuicio a terceros, porque éstos debieron prever y pudieron prever la posible resolución; en cambio, la revocatoria produce por ingratitud del donatario; conducta que no se produce sino muy rara vez y que no es razonable prever, por esto, no se suele conferir efecto retroactivo a la revocatoria.

Nuestro derecho sigue el criterio de no dar efecto retroactivo ninguna de las tres figuras jurídicas, cuando los terceros adquirieron derechos de buena fe, sin conocer el peligro de terminación de los derechos del donatario; y se da este efecto retroactivo, desconociendo los derechos adquiridos por terceros cuando éstos conocieron o debieron conocer que la donación podía terminar por rescisión, resolución o revocatoria.

81.2. El artículo 1448 dice: "La resolución, rescisión y revocatoria de que hablan los artículos anteriores, no dan **acción contra terceros poseedores**, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres y otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en los siguientes casos:

1. Cuando en la escritura pública de donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición;
2. Cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos, se ha notificado a los terceros interesados, que el donante u otra persona en su nombre se proponen intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario; y,
3. Cuando se ha procedido a enajenar los bienes donados, o a constituir los referidos derechos, después de intentada la acción.

El donante que no hiciere uso de dicha acción contra terceros, podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación".

81.3. Puede apreciarse que el espíritu de la ley se inclina hacia la **conservación de los derechos adquiridos** por terceros, los mismos que sólo por vía de excepción pueden ser desconocidos cuando se produce la terminación de la donación por uno de los tres medios indicados; y aún en el caso de que el donante pudiera perseguir la cosa donada en manos de esos terceros a que la adquirieron por un acto o contrato del donatario, puede el benefactor contentarse con cobrar al donatario lo que valían las cosas el momento de la enajenación; si se trataba de la imposición de una hipoteca, puede respetar el gravamen y cobrar al donatario el valor que esta carga disminuye a la propiedad recuperada.

81.4. El efecto eventualmente **retroactivo**, está previsto en otros lugares del Código, por ejemplo, el artículo 167 número 3. Establece que los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato o por haberse revocado una donación, no entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal; es decir que el título de adquisición es el originario, aquel por el que se transmitió la propiedad inicialmente y por el cual el cónyuge pudo hacer la donación; si después se revoca la donación, "vuelve" al respectivo cónyuge el bien que salió de su patrimonio, pero no lo adquiere durante el matrimonio, ya que la revocatoria no es el título por el cual tiene la propiedad.

82. Donaciones remuneratorias

82.1. Define el artículo 1449: "Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sen de los que suelen pagarse".

Hay aquí una **remisión a la costumbre**, como está previsto en el artículo 2 del Código Civil, que puede hacerlo la ley. Los usos y costumbres no consideran remunerables los servicios que se hacen los miembros de una familia, en el hogar: cuidados de una madre a sus hijos, de un marido a su mujer, o de otros parientes que conviven en el mismo hogar; tampoco otros servicios que se hacen por motivos de caridad o altruismo, como visitas a los enfermos, encarcelados, etc.

82.2. Tal vez habría sido preferible o más técnico, que el Código siguiera la doctrina que distingue los servicios que dan **derecho a una acción judicial** para cobrar la remuneración, y aquellos otros que no dan acción. Esto sería más preciso y seguro, pero también, menos humano y flexible; el criterio seguido, en cuanto respeta las costumbres, es digno de aprobación.

El criterio de la acción judicial, se aplica en el artículo 169, para distinguir las donaciones remuneratorias hechas a uno de los cónyuges o a ambos: si se producen por servicios que daban acción par cobrarlos, aumentan el haber social, pero si no son de aquellos servicios que dan derecho a cobrarlos mediante acción judicial no se consideran donación remuneratoria.

82.3. Lo servicios que se quiere remunerar han de ser **lícitos**, ya que si no lo fueren, carecería la donación de causa lícita y sería nula; por ejemplo, una dádiva al que comete un crimen.

82.4. El servicio puede ser anterior, contemporáneo o futuro respecto de la donación: nada impide cualquier de estas **circunstancias temporales**.

82.5. Un servicio que, conforme a las costumbres suele ser remunerado, pero que no ha sido pagado oportunamente y por el transcurso del tiempo da lugar a la **prescripción** de la acción para cobrarlo, ya no sería de aquellos que dan carácter remuneratorio a una donación. Prescrita la acción para cobrar el servicio, lo que se dé al servidor sería una remuneración pura, no remuneratoria.

82.6. También hay donaciones que se hacen a personas que prestan servicios generalmente remunerados, pero que no privan al que las recibe de la facultad de **demandar su pago**. Tampoco estas donaciones entran en la categoría de remuneratorias. Por ejemplo, es frecuente hacer regalos a médicos u otros profesionales que han prestado servicios eminentes, sin perjuicio de pagar sus respectivos honorarios.

Si el profesional ha renunciado expresamente a cobrar sus honorarios, estipendios, sueldo u otra remuneración y se le hace una donación, en atención a esos servicios, no tendría carácter remuneratorio, sino de donación común, porque ya no existía acción judicial para cobrar y sería totalmente contrario a las costumbres cobrar después de haber renunciado al cobro.

82.7. Las **propinas**, pequeñas gratificaciones adicionales a personas que hacen servicios domésticos o en restaurantes, hoteles, bares, teatros y otros lugares semejantes, tampoco se deben considerar como donaciones, sino como parte de la remuneración, según las costumbres.

82.8. No serían donaciones remuneratorias los premios concedidos a los ganadores de un **concurso o de juegos** deportivos: propiamente o se paga un servicio sino que se estimula una actividad.

82.9. La determinación de si una donación es o no remuneratoria puede tener mucha importancia en cuanto a su ingreso o no ingreso a la **sociedad conyugal** del donatario, ya que lo adquirido a título gratuito pertenece al respectivo cónyuge, mientras que lo adquirido a título oneroso pertenece a la sociedad conyugal.

82.10. Efectos. Las donaciones través de las cuales se pretende pagar los servicios que generalmente se pagan, no son propiamente gratuitas, sino onerosas, ya que se hacen en compensación de tales servicios apreciables en dinero.

82.10.1. Hay casos en que la donación excede notablemente el valor de los servicios prestados o que se prestarán, entonces, solamente se ha de considerar como donación remuneratoria **la parte que cubre** o compensa el valor del servicio, mientras que el exceso, solamente sería una donación propiamente dicha, una donación gratuita. La parte que sirve para pagar el servicio se regirá por las normas generales de los contratos onerosos, y la parte que exceda a la normal remuneración debida por los servicios constituirá una verdadera donación gratuita. Esta solución de la ley es equitativa, pero complicada y de difícil aplicación.

82.10.2. Las donaciones remuneradoras, **no requieren insinuación**, porque no son liberalidades, sino pago de unos servicios que deben ser retribuidos. El artículo 1450, indica que solamente en la parte que exceden el valor de los servicios, deben insinuarse, es decir, que solamente se someten la autorización judicial las donaciones gratuitas.

82.10.3. Otro efecto peculiar de las donaciones remuneratorias consiste en que dan lugar a la acción de **saneamiento por evicción**, lo cual corresponde al carácter de contrato oneroso. Es equitativo que el profesional o el trabajador que recibe en recompensa de sus servicios una cosa donada, puede exigir a su donante que le defienda en el juicio seguido por un tercero para despojarle de la cosa, y si la pierde por disposición judicial, el donante debe indemnizar al servidor donatario, pues de otro modo quedaría sin la debida compensación por su trabajo.

82.10.4. Sin embargo, la regla que se acaba de mencionar tiene un límite: que el donatario no se haya **compensado con los frutos** de la cosa evicta:

si dichos frutos percibidos cubren el valor de los servicios que se quisieron recompensar con la donación, evidentemente no puede exigir más el donatario. Así se establece en el artículo 1451.

82.10.5. Otro efecto peculiar de las donaciones remuneratorias consiste en que **no pueden ser reducidas o revocadas** para cubrir las legítimas o mejoras que debiere la sucesión del *de cuius*. Esa reducción o total devolución de donaciones se aplica solamente a las gratuitas, pero en las onerosas, hay que descontar el valor de la carga, y en las remuneratorias la carga consiste en el pago de los servicios prestados o por prestarse, y no son propiamente donaciones en cuanto simple remuneración o pago de servicios, por esto no entran en la colación y disminución o devolución al liquidarse la herencia del donante.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, Miguel Ángel. La Sociedad y su régimen. Anales de la Universidad, XX, 1964.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. La Prelación de créditos. Santiago, 1940.

ARROYO DEL RÍO, Carlos Alberto. Cuándo se perfecciona el contrato de mutuo. La inscripción de la hipoteca y sus requisitos, La hipoteca de bienes heredados pro indiviso en Estudios Jurídicos, Guayaquil, 1964.

AUBRY, C. et Rau, C. Curso de Derecho Civil Francés, 8 vol., París. 1875.

BADENES GASSET, Ramón. El contrato de compraventa. Barcelona, 2 vol., 1995.

BAQUERIZO ARAGUNDI, Gonzalo. Inexistencia del contrato de arrendamiento. Revista del Colegio de Abogados de Guayaquil, 1973.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil. Santiago de Chile, 1934. 5 vol.

BELLO, Andrés. Obras Completas. Vol. XII y XIII, Código Civil anotado. Caracas, 1954.

BOHÓRQUEZ DE SEVILLA, Mercedes. Las garantías de la contratación pública. Edino, Guayaquil, 1992.

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos, 2 vol. Buenos Aires, 1990.

BORJA, José María. Alegato sobre depósito de cosas fungibles. Gaceta Judicial, Serie VI, N. 7, Quito, 1941.

BORJA, Luis Felipe. Manifiesto ante la Corte Suprema (sobre la caución). Revista Forense, N. 27. Quito, 1915.

BORJA, Luis Felipe. Alegato: Naturaleza del depósito. Revista Forense, N.° 54, Quito, 1918.

BORJA, Luis Felipe. Interpretación de los contratos en general, y en especial del de sociedad. Revista Forense N. 77, Quito, 1923.

BORRERO VEINTIMILLA, Antonio. La situación tributaria de los contratos de cambio, a mutuo, contratos hipotecarios. Anales de la Universidad de Cuenca, N. 2, Cuenca, 1961.

BUSTAMANTE CÁRDENAS, Diego. Arrendamiento rural (alegato), Revista de Derecho N. 4, Quito, 1964.

BUSTAMANTE MUÑOZ, René. Código Civil con jurisprudencia, vol. III, en dos tomos. Quito, 1960.

CAMUS, E.F. Código Civil explicado. 2 vol. La Habana, 1944.

CASARES, Carlos. Alegato sobre depósito de cosas fungibles. Gaceta Judicial, Serie VI, N. 7, Quito, 1941.

CASSIS USCOCOVICH, Nicolás. Comentarios del articulado de la Ley de Compañías. Guayaquil, 1973.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español. Madrid, 1958.

CEVALLOS LEÓN, J. Sustanciación especial para el remate de prendas. Quito, Imprenta Municipal, 1916.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. 8 vol., 18 tomos. Santiago, 1979.

CORNEJO COSTAS, Emilio. Derecho Societario. Buenos Aires, 1975.

CORNEJO ROSALES, Ricardo. Denominación de las compañías. En Memoria de la Superintendencia de Compañías, Quito, 1979.

CORONEL JONES, César. Concurrencia de hipoteca con prenda agrícola e industrial. Revista de Estudios Jurídicos, de la Universidad Católica de Guayaquil, N. 2, Guayaquil, 1980.

CORONEL JONES, César. La simulación de los actos jurídicos. Bogotá, 1989.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR, Gaceta Judicial, Quito, 1902-2001.

CUEVA CARRIÓN, Luis. Los intereses en la legislación ecuatoriana. Cuenca, 1988.

CRESPO TORAL, Remigio. En el terreno de la transacción internacional. Revista del Centro de Estudios Históricos y Geográficos. 9ª. Entrega, Cuenca, 1923.

CUEVA GARCÍA, Manuel B. Hipoteca de bienes de la mujer casada. Quito, imprenta del Ministerio de Gobierno, 1937.

DÁVILA TORRES, César. Lo que va de empresa a compañía. Revista Forense, XI-XII, 3ª. Época, Quito, 1982.

DEGNI, Francisco. La compraventa. Madrid.

DELGADO CEVALLOS, Vicente. Impuesto a la renta sobre cédulas hipotecarias. Revista de Derecho, vol. X, Quito, 1967.

DÍAZ GARAICOA, Primo. La hipoteca en el Código Civil ecuatoriano, Guayaquil, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Contratos, Madrid, 1999.

DUNN BARREIRO, John. Legislación civil y comercial de las sociedades y compañías de comercio en el derecho positivo ecuatoriano. Guayaquil, 1968.

EGAS, Julio. La hipoteca y la prenda. Anales de la Universidad Central del Ecuador, N. 337, Quito, 1954.

ESPÍNDOLA PINO, César. Los daños y perjuicios causados a la industria, Guapán. Quito, 1974.

FALCONÍ PUIG, Juan. Ley de Compañías. Costo de formación e índice alfabético, Quito, 1980.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Carmen. La compraventa de cosa ajena. Barcelona, 1994.

FRANCO CRUZ, Milton. La prenda comercial ordinaria. Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 1968.

FRANCO, Nécker. La Legislación ecuatoriana de Compañías. Machala, 1987.

FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. 8 vol., Santiago, 1964.

GEIGER FRIEDBERG, Carol. La prenda especial de comercio y los derechos de los otros acreedores. Revista de Derecho, N. 34, Quito, 1974.

GEIGER FRIEDBERG, Carol. Prenda sobre acciones de compañías anónimas. Revista Jurídica de la Universidad de Guayaquil, N. 2, Guayaquil, 1990.

GÓMEZ AMADOR, Luis Esteban. Requisitos para la fundación de compañías especiales y para la aprobación de capital. Revista Jurídica de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 1992.

GUZMÁN LARA, Aníbal. Diccionario explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano, Quito, 1994.

HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel. El Contrato de Transacción. Revista de la Universidad Católica de Guayaquil, N. 2, Guayaquil, 1990.

JOSSERAND, Luis. Derecho Civil, Buenos Aires, 1952.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros catedráticos. Derecho de Obligaciones. Madrid, 1999.

LARREA HOLGUÍN, Carlos. La representación, Quito, 1954.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Repertorio de Jurisprudencia, 56 vol.; desde el vol. 30 con la colaboración de José María Vázquez, José Dueñas Ibarra y otros. Quito, 1978-2004.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Código Civil con jurisprudencia, ed. 82ª, Quito, 2000.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Derecho Eclesiástico. 3ª. Edición, Quito, 1999.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Derecho Internacional Privado, ed. 5ª, Quito, 1998.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Derecho Constitucional, ed. 6ª, 2 vol. Quito, 2000.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Historia del Derecho Ecuatoriano. Guayaquil, 1996.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Índice de la Legislación Ecuatoriana de 1822 a 1996, 4 vol. y anexos anuales, hasta 2004.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Bibliografía Jurídica del Ecuador, ed. 4ª, Quito, 2003.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Índice analítico del Código Civil, ed. 2ª, Quito, 2000.

LORENZETTI, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. 4 vol., Buenos Aires, 2000.

MACÍAS HURTADO, Miguel. El secuestro de naves extranjeras. Revista de Derecho, N. 19-20, Quito, 1969.

MANCERO CARRASCO, Hugo. El condominio de la sociedad. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, N. 29-31. Quito, 1952.

MARTÍNEZ ESPINOSA, Jaime. Remate de prenda mercantil. Revista de Derecho, N. 26-27, Quito, 1971.

MAZEAUD, Jean, Henri et Léon. Derecho Civil, 12 vol., Buenos Aires, 1965.

MESA BARROS, Ramón. Manual de la sucesión por causa de muerte y la donación entre vivos, Santiago, 1959.

MURRIETA, Katia. Consideraciones sobre el contrato de promesa de compraventa de bien raíz. Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, N. 9, Guayaquil, 1994.

NAVAS, Manuel. La Prenda en el Ecuador. Anales de la Universidad Central, N. 66-68, Quito, 1918.

NOBOA ELIZALDE, Gonzalo. El contrato de transacción. Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, N.° 1991-4, Guayaquil, 1991.

ORDÓÑEZ ZAMORA, Aurelio. La lesión enorme. Revista de la Academia de Abogados del Azuay, N. 6, Cuenca, 1948.

ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil con Jurisprudencia, ed. 8ª, Bogotá, 1992.

PALACIO, Pablo. Nulidad del contrato de sociedad. (Alegato). Gaceta Judicial Serie VI, N. 9, Quito, 1941.

PAZ Y MIÑO, Oswaldo. La Caución en el Derecho Civil Ecuatoriano. Quito, 1992.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. La situación de las sociedades extranjeras en el Ecuador. Revista Forense, N. 2, Quito, 1913.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. Arrendamiento de Predios rústicos. Gaceta Judicial, Serie X, N. 9, Quito, 1965.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. Transacción. Condición resolutoria. Gaceta Judicial, Serie X, N. 9, Quito, 1965.

PÉREZ ECHANIQUE, José María. De las Sociedades. Anales de la Universidad Central, Nueva Serie, Quito, 1917.

PINO, Leopoldo. Ilegalidad de la hipoteca de inmuebles de la mujer casada. Gaceta Judicial, Serie VII, N. 11, Quito, 1950.

PLANIOL, M. Y RIPERT, G. Tratado de Derecho Civil Francés, 15 vol., México, 1980.

PONCE BORJA, Alejandro. Continuación y renovación tácita del arrendamiento. Quito, 1933.

PONCE Y CARBO, Alejandro. Expropiación de predios rústicos a favor de arrendatarios. Revista de Derecho N. 26, Quito, 1971.

PUIG BRUTAU, José. Elementos de Derecho Civil. Barcelona, 1981.

PUIG PEÑA, Federico. Compendio de Derecho Civil Español, 6 vol., ed. 2ª, Pamplona, 1972.

RAMÍREZ, Rafael Alberto. Algo sobre depositarios judiciales. Revista Forense, Nueva Serie, N.° 6, Quito, 1956.

REZZONICO, Luis María. Estudio de los contratos en nuestro derecho civil, 2 vol., ed. 3ª, Buenos Aires, 1967.

ROCA OSORIO, Miguel. La autonomía, el aval y la accesoriedad de la fianza. Revista de Derecho, N.° 14, Quito, 1968.

ROGEL VIDE, Carlos. Derecho de Obligaciones y Contratos, Barcelona, 1997.

RUTTER, WILLIAM.

SALGADO VALDEZ, Roberto. Compañías y entidades extranjeras en el Ecuador, Quito, 2001.

SALGADO VALDEZ, Roberto. Manual de Derecho Societario, ed. 2ª, Quito, 1988.

SALGADO VALDEZ, Roberto. Obligaciones y responsabilidades de administradores de compañías, Quito, 1991.

SÁNCHEZ GRANADOS, A. A. Breves consideraciones sobre la hipoteca y el derecho hipotecario. Guayaquil, imprenta Universidad, 1930.

SANTOS C. Eduardo, El papel de la transacción en el Derecho Mexicano del Trabajo. Jurisprudencia ecuatoriana. Revista de Derecho Social Ecuatoriano, N.° 2, Quito, 1952.

SILVA, Rafael Euclides. Las compañías anónimas. Guayaquil, 1967.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Tratado de las Cauciones. Santiago, 1943.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Las Obligaciones y Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago de Chile, 1939.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS. Resumen de la legislación societaria ecuatoriana (15 años). Memoria de la Superintendencia, 1964-1979.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS. Doctrinas jurídico-societarias de la Superintendencia de Compañías. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles, Ed. 5ª, México 1995.

VÁZQUEZ, Juan Bautista. Continuación de la sociedad industrial (Alegato). Gaceta Judicial, Serie VI, N. 8, Quito, 1941.

VERNAZA QUEVEDO, Miguel. El contrato de compraventa con reserva de dominio en el derecho ecuatoriano. Quito, 1986.

WEBB, Gran H. Contracts. Nueva York, 1970.

ZAMBRANO, Miguel Ángel. Efectos de la mora en los contratos bilaterales. Anales de la Universidad Central, t. IV, Quito, 1930.

SIB - UCE

FECHA DE DEVOLUCI

346 Larrea Holguí
L333
V.7 Manual Elemen

Derecho Civil del Ec

FECHA	NOMBR
22-05-15	Yolanda Frei
25-05-15	Karen Ord
28-05-15	Alex Rosero

ESTE LIBRO ES PROPIED
SU VENTA ES PENAD

Esta obra se complementa con:

Código Civil
2 tomos



Legislación Civil
Doctus



Jurisprudencia Especializada
Civil-Mercantil



Diccionario del Derecho Civil



En la sociedad contemporánea, en la que el dinero resulta algo universalmente conocido y usado, casi como si fuera un elemento connatural, el concepto de la compraventa está en el pensamiento de todos: se cambian cosas por dinero.

El concepto más exacto de la compraventa incluye las obligaciones recíprocas de las dos partes contratantes, de transferir la propiedad de la cosa y del pago de su precio. Se trata, pues, de una entrega de algo cuyo dominio o propiedad se quiere transferir.

Del análisis de la definición de la compraventa y de sus elementos esenciales, se desprende que es un contrato bilateral, oneroso, sinalagmático, consensual, excepcionalmente formal.

Según el artículo 1746: "La venta puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria. Puede hacerse a plazo para la entrega de la cosa o del precio. Puede tener por objeto dos o más cosas alternativas. Bajo todos estos respectos se rige por las reglas generales de los contratos, en los que no fueren modificadas por las de este Título".

El plazo se emplea más frecuentemente para el pago del precio. Muchas veces se descompone en varios pagos, escalonados en períodos regulares. La postergación del pago total para un momento futuro, origina, como es lógico el problema de la seguridad del cumplimiento, que se puede solucionar mediante diversas formas de garantías sea personales o reales.

Derecho de autor: 029761: 14-oct-2008
Obra Completa: 9978-86-800-3: 17-oct-2008
ISBN No. 9978-86-806-5: 17-oct-2008

Tiraje: 1.000 ejemplares

Precio: US $ 20.00

ISBN 978-9978-86-806-5

9 789978 868065

Quito: Acuña E2-02 y Agama, Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-694 2232-696 / Fax: (593-2) 2226-256 / Apartado 172100186
E-mail: cep1@accessinter.net / ventas@cep.org.ec
Guayaquil: Av. Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Rolando. Centro Comercial Garzocentro 2000. Ofic. 901, Telf. (593-4) 2279-035
Cuenca: Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero, Telf. (593-7) 2837-281