

taría en vano de resolver, tiene que dejarse á la apreciación del juez. (1)

268. ¿De que la ley hace al vendedor garante de los cargos *no declarados* debe concluirse que lo es siempre por sólo no haber hecho la declaración y aunque el comprador tuviera conocimiento de los cargos cuando la venta? Nó, seguramente. Es un principio tradicional que el comprador no tiene ya derecho á la garantía cuando tuvo conocimiento en el acto de la venta de los cargos que se pretenden en el objeto vendido, aunque el vendedor no los haya declarado. La razón de esto es muy sencilla: y es inútil, dice una ley romana, instruir á aquel que ya está instruido. ¿De qué puede quejarse el comprador? ¿Dirá que no hubiera comprado si la servidumbre hubiera sido declarada? Se le contestará que compró conociendo el cargo. ¿Dirá que hubiera dado menos precio? Se le contestará que pudo tener en cuenta el cargo al tiempo de fijar el precio y que si no lo hizo debe imputárselo á sí mismo. El Código, lejos de derogar esta doctrina, la sancionó. No deben aislarse los arts. 1,626 y 1,638 de las demás disposiciones que se refieren á la garantía, puesto que la garantía de las servidumbres sólo es una especie de evicción sometida como tal á los principios generales que rigen todas las garantías. Y el art. 1,629 decide que el comprador no tiene daños y perjuicios que reclamar cuando conocía en el momento de la venta el peligro de la evicción; no puede usar del derecho de rescisión que le concede el art. 1,638, puesto que no puede decir que no hubiera comprado si hubiera conocido el cargo, pues compró con este conocimiento. La jurisprudencia está en este sentido. (2)

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 384, nota 54 párrafo 355.

2 Denegada, 20 de Junio de 1843, por informe de Lasagni (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1061) y Denegada, 7 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1078). Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 384, nota 54, párrafo 355.

269. ¿Es necesario que el comprador haya conocido los cargos ó basta que haya podido conocerlos para que no tenga derecho á la garantía? La cuestión es muy importante desde la promulgación de las nuevas leyes en Bélgica y en Francia acerca de la transcripción. Las servidumbres se constituyen regularmente por actas entre vivos, y todas las actas entre vivos, translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, deben ser registradas para que puedan ser opuestas á los terceros. Si no se hizo el registro la servidumbre no existirá para con el comprador y, por consiguiente, no puede tratarse de garantía. Si la transcripción tuvo lugar el comprador estará obligado á los cargos, pero pudo conocerlos pidiendo al registrador un certificado de inscripciones. Nace la cuestión de saber si basta que el comprador haya podido conocer los cargos ó si es necesario que realmente los haya conocido.

La ley exige, en principio, que el vendedor dé el mismo conocimiento de los cargos declarándolos; luego quiere que el comprador haya adquirido un conocimiento real de los cargos que gravan los fundos vendidos (arts. 1,626 y 1,638). Esta declaración no es, sin embargo, de rigor; el art. 1,629 pone en la misma línea el hecho de que el comprador conocía el cargo cuando la venta, pero es necesario que el comprador lo haya conocido, no basta que haya podido conocerlo. Estos textos nos parecen decisivos. El comprador hubiera podido conocer la servidumbre, puesto que el acta que la constituye es una acta pública, pero puede suceder que no la haya conocido, que no haya consultado el registro. ¿Se hará responsable al comprador por esta negligencia? Legalmente no hay negligencia alguna que reprocharle, puesto que la ley no lo obliga á pedir certificado al conservador de hipotecas; en la teoría del Código no es el comprador quien debe informarse si existen ó no cargos que gravan el fundo vendido, al vendedor toca declararlo. Sería contrario á to-

do principio que el vendedor pudiese oponer al comprador que éste descuidó hacer lo que la ley no le manda cuando el vendedor no hizo la declaración que según la ley debiera haber hecho. Lo que confirma nuestra opinión es que siempre se admitió que el vendedor es garante de los cargos hipotecarios que gravan el inmueble, aunque las hipotecas estén registradas y que haya sido fácil al adquirente conocerlas. (1)

Hay, sin embargo, una objeción que es muy especiosa. Según el art. 1,638 el vendedor no es garante de las servidumbres aparentes. ¿Por qué? No es porque el comprador las haya conocido, pues puede suceder que no conozca las servidumbres aunque sea aparentemente; es, pues, porque pudo conocerlas. ¿No debe deducirse de esto, según el espíritu de la ley, que basta que el comprador haya podido conocer el cargo y que esta posibilidad equivale al conocimiento del mismo? Nó, el principio está claramente formulado por los arts. 1,626 y 1,629; es necesario que el comprador haya conocido el cargo, ya sea por declaración del vendedor ya por cualquiera otra vía. Si la ley decide que el vendedor no es garante de las servidumbres aparentes, es porque presume que por razón de su naturaleza estos cargos son conocidos del comprador; (2) y las presunciones son de la más estricta interpretación, no se extienden de un caso á otro aunque haya analogía. Y ni siquiera esto hay. No se compra un fundo sin visitarlo y basta verlo para conocer sus servidumbres aparentes, mientras que hay muchos compradores que no consultan el protocolo del registro.

270. El art. 1,626 habla de los cargos en general; el artículo 1,638 aplica el principio calificándolos de *no aparentes*; acabamos de dar el motivo por el cual el vendedor no es ga-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 384, nota 55, pfo. 355. En sentido contrario Mourlón, *De la transcripción*, t. I, núms. 166-168. Flandín, *De la transcripción*, t. I, núm. 426. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 102, núm. 73 bis II.

2 Durantón, t. XVI, pág. 328, núm. 302.

rante de las servidumbres aparentes (núm. 269). ¿Cuándo las servidumbres son aparentes? La ley las define (artículo 689). Es una cuestión de hecho; en caso de disputa el juez decidirá según el examen de los lugares. (1) Se ha pretendido que las servidumbres interrumpidas aunque aparentemente no están comprendidas en el art. 1,638 porque no pueden establecerse por título. Esto no es serio no se trata de saber cómo se establecen las servidumbres sino decidir si el comprador pudo conocerlas; y pudo conocer la existencia de una servidumbre de paso por señales exteriores, aunque se necesita un título para el establecimiento de esta servidumbre. (2) Con mayor razón el art. 1,638 es aplicable á la servidumbre de paso en caso de dique; el comprador tiene dos vías para conocerla: la ley que la establece y los signos que la anuncian. (3)

271. ¿Qué debe decirse de las servidumbres que el Código llama legales? ¿Deben ser declaradas ó es necesario assimilarlas á las servidumbres aparentes para las que no se exige ninguna declaración? Si se atiende uno al texto del art. 1,638 hay una duda; la ley presume que el comprador ha conocido las servidumbres aparentes y no presume que haya conocido las llamadas legales. En vano se invocaría la presunción general según la cual nadie es presunto ignorante de la ley; esta presunción no está establecida por el Código y sólo puede admitirse cuando hay un interés general en causa, y en nuestro caso sólo se trata de interés privado. Hay otra razón para decidir que nos parece perentoria. Las servidumbres legales no lo son verdaderamente, son una modificación del derecho absoluto de la propiedad; y es la propiedad, tal cual existe en nuestras leyes modificada por las exigencias sociales, la que el vendedor transmite al comprador; no puede obligarse á transmitirle una propiedad abso-

1 Bruselas, 16 de Febrero de 1820 (*Pasicrisia* 1820, pág. 62).

2 Denegada, 8 de Noviembre de 1854 (*Dalloz*, 1854, 1, 426).

3 Bastia, 2 de Agosto de 1854 [*Dalloz*, 1856, 2, 181].

luta que no existe. De esto se sigue que el comprador no puede quejarse de ser vencido por una servidumbre legal, puesto que esta servidumbre no disminuye sus derechos. La jurisprudencia está en este sentido, pero no está motivada en el principio que acabamos de recordar y que hemos expuesto en el título *De las Servidumbres*; por esto es que las sentencias tienen mucho trabajo en establecer que el comprador no tiene el derecho de garantía. (1) Creemos inútil insistir siendo seguros los principios.

Núm. 2 Consecuencias de la garantía.

272. En el derecho antiguo se asimilaba la garantía debida por las servidumbres á la garantía de los vicios redhibitorios. Tal no es ya el principio del Código Civil: éste distingue perfectamente los vicios redhibitorios y las servidumbres, tratando de éstas en el párrafo consagrado á la evicción total ó parcial de la cosa vendida, mientras que trata de la garantía por vicios redhibitorios en el siguiente párrafo. Distingue entre las dos especies de garantías por los efectos diferentes que les atribuye; á la garantía de las servidumbres aplica el principio que rige la evicción parcial; por esto es que el art. 1,638, relativo á la garantía de las servidumbres, está colocado inmediatamente después de los arts 1,636 y 1,637 que se refieren á la evicción parcial. Hacemos esta observación porque la tradición ha dejado rastros en la doctrina de los autores modernos; no deben compararse las servidumbres á vicios redhibitorios, como lo hace Durantón, ni aplicar á la garantía de las servidumbres los principios que rigen estos vicios redhibitorios, como lo hace Troplong. Cuando la ley abandona un principio tradicional se le debe desechar en todas sus consecuencias, y el Código tuvo razón en desechar la teoría del derecho antiguo. Una co-

1 Denegada, 20 de Febrero de 1865 [Dalloz, 1865, 1, 297].

sa es una servidumbre y otra cosa es un vicio redhibitorio; la servidumbre desmembra la propiedad, mientras que el vicio redhibitorio la deja entera. Luego cuando un tercero pretende tener una servidumbre en una casa comprada hay que aplicar los principios de la evicción parcial, por la may sencilla razón de que hay evicción de una parte de la cosa. (1)

273. La ley aplica el principio que acabamos de establecer á la cuestión de saber si el comprador, contra el que un tercero pretende una servidumbre, puede pedir la rescisión de un contrato. Sí, dice el art. 1,638, si la servidumbre es de tal importancia que haya lugar á presumir que el adquirente no hubiera comprado si la hubiera conocido. Esto es la repetición de lo que dice el art. 1,636 en la evicción parcial. Pertenecce naturalmente al juez decidir si de hecho la servidumbre tiene la importancia que alega el comprador, y su apreciación es soberana. (2)

274. El art. 1,638 agrega que el comprador que tiene el derecho de pedir la rescisión de la venta puede también no pedirla y conformarse con una indemnización. ¿Qué debe decidirse en el caso en que el comprador no tiene el derecho de promover la rescisión? ¿Podrá pedir una indemnización por razón de la mengua de valor de la cosa vendida? La ley no lo dice, pero la afirmativa no es dudosa; resulta del principio establecido por el art. 1,626. El vendedor debe garantía al comprador por los cargos no declarados. ¿En qué consiste esta garantía? En defender al comprador contra la pretensión del que reclama el cargo, y si no llega á defenderlo debe indemnizarlo por el perjuicio que sufre. La indemnización es, pues, la consecuencia directa de la obligación de garantía. Si la ley no lo dice es porque era inútil.

Queda por determinar el monto de la garantía. ¿Debe

1 Dvergier, t. J, pág. 472, núm. 381. Compárese Durantón, t. XVI, página 325, núm. 302.

2 Denegada, 2 de Mayo de 1816 [Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1084].
P. de D. TOMO XXIV—37

aplicarse la disposición del art. 1,637? La afirmativa nos parece segura, puesto que en el caso en que un tercero pretenda una servidumbre en la cosa vendida hay evicción parcial; es, pues, el principio de la evicción parcial el que debe aplicarse y no el principio de la evicción total.

275. ¿Podrá el comprador reclamar daños y perjuicios contra el vendedor de buena fe? Si se aplicaran á la garantía de las servidumbres los principios que rigen los vicios redhibitorios habría que decidir en la común opinión que el vendedor de buena fe no debe los daños y perjuicios (artículo 1,640). Hemos rechazado la doctrina tradicional que asimila la servidumbre á un vicio, rechazamos también la consecuencia que se deduce de ella. El art. 1,639, que sigue inmediatamente al artículo que trata de la garantía de las servidumbres, dice terminantemente que se aplican los principios generales acerca de daños y perjuicios en materia de garantía; y, según el derecho común, el deudor, aunque de buena fe, está obligado á los daños y perjuicios previstos (art. 1,150); debe aplicarse esta regla al vendedor. (1)

276. Las partes contratantes pueden derogar las reglas que acabamos de establecer acerca de la garantía de las servidumbres. Esto no es dudoso. Se encuentran amenudo cláusulas derogatorias en las actas de venta y dan también muy amenudo lugar á procesos. Es á este respecto como Troplong se lamenta de la verbosidad de los notarios. (2) Creemos inútil examinar las cláusulas usuales que Troplong discute; los autores que ordinariamente tratan estas cuestiones confiesan en esto la impotencia de la teoría. Sólo falta, pues, atenerse á la apreciación de los jueces y recomendar

1 Duvergier, t. I, pág. 472, núm. 331. En sentido contrario Troplong, página 282, núm. 533.

2 Troplong, pág. 280, núms. 529-531. Aubry y Rau, t. IV, pág. 385 y nota 60, pfo. 355. Agréguese Bruselas, 12 de Marzo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 73). Lieja, 1.º de Febrero de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 242).

á los notarios una redacción precisa que evitaría toda disputa.

ARTICULO II.—De la garantía de los defectos de la cosa vendida.

§ I.—CUÁNDO HAY LUGAR A ESTA GARANTIA.

Num. 1. Nociones generales.

277. Según el art. 1,626 la garantía que el vendedor debe al comprador tiene un segundo objeto: los defectos ocultos de la cosa vendida ó los vicios redhibitorios. El Código ha seguido la teoría de Pothier, el que refiere las dos garantías á un solo y mismo principio, á la obligación que contrae el vendedor de hacer que obtenga la cosa el comprador. Obligar á éste, dice, es obligarse á que sea útilmente, puesto que el comprador la tendría en vano si ésta no pudiera serle de ningún uso; y tal es el carácter de ciertos vicios llamados redhibitorios; «hacen la cosa vendida impropia para el uso á que se destina, ó disminuyen de tal modo el uso que el comprador no la hubiera adquirido ó hubiera dado por ella un precio menor si los hubiera conocido. Esta es la definición que el art. 1,641 da de los vicios redhibitorios; se les llama así porque el demandante tiene el derecho de pedir que el vendedor recoja la cosa vendida y le devuelva el precio: *redhibere est reddere*. (1)

Según los verdaderos principios la obligación que incumbe al vendedor por razón de los vicios ocultos de la cosa no es la obligación de garantía. Pothier nunca dice que la garantía consiste esencialmente en tomar la defensa del comprador cuando los derechos de éste están atacados por un tercero; y se entiende que no se trata de defensa cuando la

1 Pothier, *De la venta*, núm. 202.