

sándole el precio de la cesión. La cuestión está controvertida. Nos parece que el derecho de *retro* no puede ser admitido sino en virtud de una ley, puesto que conduce á expropiar al cesionario de un crédito que está en su dominio; el art. 1,699 acuerda este derecho al deudor cedido cuando el crédito es litigioso; la ley no se lo da al pupilo. Esto es decisivo. Se objeta que el legislador prohíbe la cesión. Hemos contestado de antemano esta objeción, haciendo notar que la prohibición no está establecida sino para salvaguardar los intereses del menor; éste tiene la elección, puede obrar en nulidad ó mantener la cesión; en el segundo caso debe ejecutarla también, pagando la deuda íntegra. Se dice que el beneficio que el tutor saca de la cesión es ilegítimo, en el sentido de que debería hacer el negocio por cuenta de su pupilo. Esto es sobrepasarse á las exigencias de la ley; ella no da al tutor un deber de especular á nombre del menor y de su interés, da al menor un medio de anonadar esta especulación; ir más lejos es hacer aprovechar del mercado al menor. La ley no le concede este derecho. (1)

Núm. 3. De los magistrados, abogados y oficiales ministeriales.

55. «Los jueces, los magistrados funcionando en el Ministerio Público, secretarios, diligenciaros, notarios, defensores de oficio y notarios no pueden volverse cesionarios en los procesos, derecho y acciones litigiosas que son de la competencia del tribunal en el resorte del que ejercen sus funciones.» El texto del art. 1,597 pide explicaciones. La ley habla de *jueces* y de sus suplentes; no dice nada de los magistrados de la Corte Apelación y de la de Casación que llevan el título de *consejeros*. Lo que no fué así porque cuan-

1 Valette, *Explicación sumaria del libro I del Código Civil*, pág. 240. Massé y Vergé según Zachariae, t. I, pág. 446, nota 3. De Fráminville, *Tratado de la menor edad*, t. II, pág. 250, núm. 795. En sentido contrario Aubry y Rau, Ducarroy y Demolombe.

do la publicación del Código todos los magistrados estaban designados bajo el nombre general de jueces; los miembros de las cortes superiores están comprendidos en el texto. Sucede lo mismo con la palabra *tribunal*; el término de *corte* no estaba en uso cuando la publicación del Código Civil; se decía el *tribunal de casación*. Queda por dicho que la expresión de que el Código se sirve comprende todas las jurisdicciones. El art. 1,597 menciona aun á los defensores de oficio; se daba ese nombre á los abogados después que la asamblea constituyente había suprimido el orden de los abogados; fué restablecida por la ley de 22 Ventoso, año XII, posterior á la redacción definitiva del título *De la Venta*, sentencia del 3 Ventoso del mismo año. (1)

Siendo las incapacidades de estricta interpretación se deduce que las que el art. 1,597 establece no pueden extenderse á los funcionarios ú oficiales que no están comprendidos en el texto de la ley. Por aplicación de este principio ha sido juzgado que los pasantes de notaría pueden volverse cesionarios de derechos litigiosos, salvo á las partes que piden nulidad de la cesión á probar, si há lugar, que el pasante es persona interpuesta; es elemental que las personas declaradas incapaces de comprar no pueden hacerlo indirectamente, ó por personas interpuestas, lo que la ley prohíbe de hacer directamente. (2)

56. ¿Cuáles son los motivos de la prohibición pronunciada por el art. 1,597? Importa precisarlos porque de esto depende el carácter de la nulidad. Portalis los ha expuesto en su discurso: «En la antigua Roma los gobernadores no podían adquirir nada en el tiempo de su gobierno, y los magistrados no lo podían tampoco en las atribuciones de su jurisdicción. Se quería alejar de ellos hasta la sospecha de mezclar sus intenciones privadas con los grandes intereses

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 451, nota 1, pfo. 359. Duvergier, t. I, pág. 234, núm. 196.

2 Bruselas, 24 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 197).

públicos confiados á su solicitud..... Una multitud de sentencias interviniendo en forma de reglamentos han constantemente pronunciado la nulidad de las adjudicaciones hechas á los jueces. Se ha pensado que el *título público* de su cargo los sometía á mayores precauciones que á las *personas privadas* para estar al abrigo de la sospecha de *abusar de su autoridad* en las ocasiones en que ellos no pueden ni deben figurar sino como *magistrados*. Las ordenanzas han prohibido siempre á los jueces y á todos aquellos que ejercen un cargo de justicia ó algún ministerio cerca de los tribunales, volverse cesionarios de derechos litigiosos.....

Esta disposición es la salvaguardia de los justiciables. Un juez está para determinar las pruebas de las partes y no para traficar con ellas. No puede ni debe intervenir entre los ciudadanos sino como *ministro de leyes* y no como *agente de intereses* del odio y de las pasiones del hombre. Si desciende vergonzosamente de su tribunal; si abandona el *augusto sacerdocio* que ejerce para cambiar su cualidad de *oficial de justicia* por la de comprador de acciones, *envilece el carácter honorable* de su vestidura; *amenaza por el escándalo* de sus *procedimientos hostiles é interesados* á las familias que él no debe sino tranquilizar por sus *luces y sus virtudes*; cesa de ser *magistrado*, no es más que un *opresor*. La prohibición hecha á los jueces de comprar acciones litigiosas no es más que una consecuencia necesaria de los *principios religiosos que velan sobre la santidad* de su *ministerio*. Importa á la *sociedad* que aquellos por quienes se da justicia se respeten como si fuera ella *misma*.» (1) Portalis no habla sino de los magistrados: se puede decir también de todos los que toman parte en la distribución de la justicia; su influencia es menor; por consecuencia, menos peligrosa, pero los motivos de interés social son los mismos. Troplong dice muy bien, hablando de los abogados, escribanos, diligenciaros y se-

1 Portalis, *Exposición de los Motivos*, núms. 16 y 17 (Loché, t. VII, pág. 72).

cretarios, que su honorable ministerio debe ser exento de todo tráfico sórdido y de toda vil especulación sobre la posición de pobres litigantes. La ley también se ha preocupado por el interés de las partes que están en el caso de litigar, puesto que se trata de derechos litigiosos. El relator del Tribunalado, en este caso de la cuestión, dice: «Si esta incapacidad no existiera se temería que los magistrados inquietasen á los litigantes por su influencia y los forzasen á hacer en su favor sacrificios considerables para desembarazarse de adversarios tan peligrosos.» (1) Tales son los motivos oficiales de la ley; más adelante deduciremos las consecuencias.

57. La prohibición establecida por la ley no es absoluta; el art. 1,596 la limita á casaciones y derechos litigiosos que son de la competencia del tribunal en las atribuciones del cual los magistrados, abogados y oficiales ministeriales ejercen sus funciones. ¿Qué es necesario entender por estas palabras que son de la *competencia del tribunal*? La ley define lo que entiende por *competencia del tribunal* añadiendo: *en las atribuciones de la que ejercen sus funciones*. Es suficiente, pues, que en razón de las atribuciones en las cuales las personas incapaces ejercen sus funciones el negocio pueda llevarse ante el tribunal al cual están sometidas. No hay ninguna dificultad para los tribunales inferiores. Toda acción puede ser llevada, al menos en primera instancia, ante los tribunales del Departamento; cuando se trata de bienes situados en las atribuciones del tribunal ó de personas que tienen allí su domicilio, la incapacidad está limitada á las atribuciones. Un juez de primera instancia puede, pues, volverse cesionario de un derecho litigioso que, en razón de sus atribuciones, deba ser llevado ante un tribunal distinto. En cuanto á la Corte de Casación es competente para todo el Reino y no tiene necesidad de distinguir la naturaleza del

1 Faure, *Informe al Tribunalado*, núm. 15 (Loché t. VII, pág. 91). Compárese Grenier, *Discurso* núm. 13, pág. 109.

negocio ni su monto; la incapacidad de los magistrados, abogados y oficiales ministeriales ligados á esta Corte es absoluta. No sucede lo mismo con las de apelación; sus atribuciones son limitadas y limita también la ley el monto del negocio en apelación. Nace entonces la cuestión de saber si en el sentido del art. 1,597 un derecho litigioso es de la competencia de una Corte de Apelación; si en razón de sus atribuciones el negocio puede llevarse ante esa corte, ó es necesario que el negocio se sujete á la apelación. Se ha sostenido que los derechos litigiosos no eran de la competencia de la Corte de Apelación cuando en razón del monto del crédito el proceso no esté sujeto á la apelación. Esto parece estar fundado en la razón, pero es contrario al texto. La corte es competente aun para los procesos que sean introducidos por última instancia por el tribunal de departamento. Y no es exacto decir que el proceso que según su *naturaleza* sea juzgado en última instancia no sea susceptible de llevarse ante la Corte de Apelación; la cuestión de saber si hay lugar á la apelación es amenudo muy difícil de decidir. ¿Ante qué Corte de Apelación fundada ó no se llevará? Ante la corte en cuyas atribuciones se encuentra el tribunal que ha conocido del negocio en primera instancia; luego es esta corte la que es competente, lo que es decisivo. (1) Los jueces de paz dan lugar á una dificultad particular. Cuando el juez de paz actúa como juez se aplica el art. 1,597, según la interpretación que acabamos de dar. Pero hay también una misión de conciliación. Se ha decidido que el juez de paz podrá no adquirir un derecho litigioso sobre el cual pesaba una tentativa de conciliación. (2) Esto es dudoso; el juez de paz que obra en conciliación no es juez, y no se puede aplicar una prohibición que concierne á los jueces.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 452 y nota 3, pfo. 359. En sentido contrario Marcadé, t. VI, pág. 192, núm. I del art. 1597.

2 Lyon, 10 de Julio de 1839 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1988.) En sentido contrario Aubry y Rau, t. IV, pág. 452, nota 2, pfo. 359.

58. ¿Qué se entiende por *derechos y acciones litigiosas*? La cuestión es saber si se debe aplicar al artículo 1,597 la definición que el 1,700 da de los derechos litigiosos en estos términos: «La cosa se dice litigiosa desde que hay *proceso* y contestación en el fondo del derecho.» Se admite generalmente la negativa, y con razón. En la acepción general de los términos un derecho es litigioso no solamente cuando hace materia en un proceso ya existente sino también cuando parece susceptible de ser contestable con algún fundamento. El art. 1,700 limita en el sentido vulgar de la expresión *derecho litigioso*. (1) Todo prueba que el art. 1,596 emplea las palabras *derechos litigiosos* en el sentido vulgar. Tal es la tradición. «Se llaman créditos litigiosos, dice Pothier, los que son contestables ó pueden serlo en total ó en parte por aquel que pretende al deudor, ya sea que hubiere comenzado el proceso, ya que no hubiere comenzado, pero que haya lugar de temerlo. (2) Portalis resume esta definición en la Exposición de los Motivos diciendo que la ley prohíbe á ciertas personas volverse cesionarias de los derechos ó acciones litigiosas que *son ó pueden ser llevadas* ante el tribunal en cuyas atribuciones ejercen sus funciones. Es verdad que Faure, en su informe al Tribunado, reprodujo la definición del art. 1,700, aplicándola á la prohibición del artículo 1,597; pero su error es evidente, el texto mismo del Código lo prueba. En efecto, el art. 1,597 comienza por decir que las personas que están allí designadas no pueden volverse cesionarias del *proceso*; hé aquí el caso previsto por el art. 1,700; se supone que hay contestación comenzada, pues que la ley añade: *derechos y acciones litigiosas*; estas palabras no pueden comprender el proceso de que se acaba de hablar, deben significar los derechos que

1 Esta es la observación de la Corte de Rennes, 14 de Diciembre de 1810 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1995).

2 Pothier, *De la venta*, núm. 583.

pueden ser contestables en justicia. La interpretación que damos al texto está también en armonía con el espíritu de la ley. El legislador se muestra más severo en el caso previsto por el art. 1,597 que cuando se trata del retiro del crédito litigioso al que se aplica la definición del art. 1,700. En esta última hipótesis no hay más que intereses privados en pago, mientras que la prohibición del art. 1,597 está fundada en motivos de orden público. En fin, hay una consideración de hecho que es decisiva: es que en la hipótesis del art. 1,597 no hay lugar á distinguir el proceso entablado del derecho que puede dar lugar á un proceso; los magistrados, abogados y oficiales ministeriales pueden abusar de su influencia antes que el proceso haya comenzado, tanto como durante la instancia; hay que decir más: es ordinariamente antes de llevar el negocio ante los tribunales cuando las partes vendrán á consultar á hombres de leyes; después, ante todo antes del proceso, es cuando es de temerse su influencia. La jurisprudencia, después de titubear, se pronunció en favor de esta opinión que también es la enseñada por todos los autores. (1)

59. Queda por saber cuándo es litigioso un derecho. Resulta de la definición que Pothier da (núm. 58) que esto es una cuestión de hecho. Todos los autores observan que no basta para que un derecho sea litigioso que el demandante de nulidad pretenda que el derecho era susceptible de contestación; al tribunal toca apreciar si el derecho era susceptible de una seria contestación. (2) La Corte de Casación ha decidido que la cuestión de saber si un derecho es litigioso se deja á la apreciación soberana de los jueces del hecho. (3)

Se presentan, sin embargo, algunas dificultades que tocan

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 1453, nota 5, pfo. 359. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VII, pág. 44, núm. 24 bis I.

2 Lieja, 31 de Enero de 1844 y 2 de Diciembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 173 y 1865, 2, 191).

3 Denegada, 11 de Febrero de 1851, Dalloz, 1,851, 1 242). Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Venta*, núms. 2001-2003.

al derecho. Se supone que un derecho es seguro en cuanto á su existencia y en cuanto á su cuotidad, pero hay dificultades acerca de la prueba en ejecución; ¿es litigioso este derecho? La jurisprudencia se pronunció por la negativa (1) ¿No es esto apartarse del sentido vulgar de la palabra *derecho litigioso* y recaer en la definición del art. 1,700? ¿Qué importa sobre qué verse el proceso? ¿Saben distinguir las partes las dificultades que versan en el fondo y las que sólo se refieren á la ejecución? Desde que un proceso es de temerse se debe también temer la influencia de aquellos que están dispuestos á abusar de su ciencia y de su posición en perjuicio de los litigantes ignorantes.

60. ¿El pacto conocido bajo el nombre de *quota litis cae* bajo la aplicación del art. 1,597? Se entiende por esto una convención que interviene entre el acreedor de un derecho litigioso y una persona que se encarga de procurarle el pago mediante el abandono de una *cuotidad* del derecho; por ejemplo, la tercera parte ó la mitad. Este pacto era prohibido en la jurisprudencia antigua, aun á las personas que estaban declaradas incapaces para comprar derechos litigiosos. (2) Se admite generalmente que lo mismo pasa bajo el imperio del Código Civil. Creemos con Duvergier que el artículo 1,597 es inaplicable. La ley prohíbe la *cesión* de derechos litigiosos; es decir, la *compra*; y el pacto de *quota litis* no es una venta del derecho, es un mandato retribuido ó un arrendamiento de obra. Lo que se ha objetado no tiene ningún valor. Uno dice que la palabra *cesión* es más lata, más comprensiva que la palabra *venta*, (3) lo que es una verdadera herejía. Otro dice que el Código en el capítulo II no sólo habla

1 Denegada, 12 de Agosto de 1812 y 19 de Junio de 1,825 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núms. 2001 1.º y 2.º). Bruselas, 30 de Enero de 1808 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 939, 1.º).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *De quota litis*.

3 Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2010.

de la venta propiamente dicha, puesto que el art. 1,595 prohíbe la donación en pago; se puede, pues, aplicar el artículo 1,597 á convenciones análogas y que producen los mismos inconvenientes. (1) Mala razón: la donación en pago siempre ha sido asimilada á la venta, mientras que se puede poner en la misma línea á la cesión y al mandato ó prestación de obra.

Duvergier confiesa que el pacto de *quota litis* es malo; por eso la disciplina de los tribunales lo prohíbe á los abogados de la manera más severa. El sabio jurisconsulto cree que se podrá pedir la nulidad por el motivo de ser contrario al orden público. (2) En efecto, las consideraciones invocadas por Portalis para justificar el art. 1,597 se aplican á la convención de *quota litis*: ¿qué importa que sea un mandato? Siempre es envilecer el santo ministerio de la justicia el ensuciarlo con sórdidos cálculos de rapiña; habría que temer que el magistrado ó el abogado mandatario abusaran de su influencia para hacer valer derechos que el acreedor no se hubiera atrevido á llevar ante los tribunales, ó abusara de su influencia para atribuirse la mayor parte del crédito bajo pretexto de ser litigioso.

61. No basta que el derecho sea litigioso para que la cesión esté marcada de nulidad, es menester que haya tenido este carácter cuando la cesión. Es en el momento de la convención cuando se debe saber si hay una causa que la vicia; si en aquel momento no se podía preveer una contestación, la cesión será válida, los incidentes que sobrevendrán no la viciarán. Lo mismo pasa con la condición que se refiere á competencia. Perteneciendo un magistrado á un tribunal de primera instancia compra un crédito que, por razón del resorte, no era de la competencia de este tribunal; posteriormente fué nombrado consejero de una corte de apelación

1 Marcadé, t. VI, pág. 195, núm. II del art. 1597.

2 Duvergier, t. I, pág. 239, núm. 201.

competente para conocer de la contienda; la convención, válida en el principio, no será nula á consecuencia de un hecho que no se podía preveer cuando la cesión. La jurisprudencia está en este sentido. (1)

62. La ley contiene otra disposición tocante á los derechos litigiosos, da al deudor el derecho de retiro contra el cesionario mediante el reembolso del precio de la cesión (artículo 1,699). Hay excepción al derecho de retiro en los tres casos previstos por el art. 1,701: 1.º, cuando la cesión fué hecha á un copropietario del derecho cedido; 2.º, cuando ha sido hecha á un acreedor en pago de lo que se le debe; 3.º, cuando ha sido hecha al poseedor de la heredad sujeta al derecho litigioso. Se pregunta si estas tres excepciones son aplicables á la prohibición del art. 1,597. La cuestión no merecía ser presentada si no fuera que fué mal resuelta por Grenier en el discurso que pronunció como orador del Tribunado; no titubea en extender las excepciones del art. 1,701 á los magistrados, abogados y oficiales ministeriales cesionarios de derechos litigiosos. Esto es un error. No se extienden las disposiciones excepcionales aunque haya analogía, y, en el caso, falta completamente la analogía. Nada hay de común entre el derecho de retiro del art. 1,699 y la prohibición del art. 1,597. Hay que agregar que el abuso de influencia por cuya razón la ley prohíbe á ciertas personas hacerse cesionarias de derechos litigiosos pudiera encontrarse aún en los casos previstos por el art. 1,701. En fin, el interés de la justicia, la honorabilidad de todos cuantos concurren á impartirla, prevalece sobre el interés pecuniario que los magistrados, abogados ú oficiales ministeriales pudieran tener, en ciertas circunstancias, en adquirir derechos litigiosos. Esta es la opinión general. (2)

1 Véanse las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Venta*, núms. 1993 y 1994.

2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, pág. 454, nota 12, pfo. 539.

63. El art. 1,597 sanciona la prohibición que pronuncia con la pena de nulidad. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? ¿Es absoluta ó relativa? ¿Quién puede prevalecerse de ella? Reina una gran incertidumbre acerca de estas cuestiones en la doctrina. Marcadé sostiene que la cesión es inexistente porque está fundada en una causa ilícita. Esto es dudoso. (1) La causa es el motivo jurídico que lleva á las partes á contratar; cuando la causa es ilícita la convención no puede tener ningún efecto, y la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. ¿La cesión prohibida por el art. 1,597 está fundada en una causa ilícita en el sentido del art. 1133? Nada hay más obscuro que la teoría de la causa; á decir verdad, la causa no forma una condición especial requerida para la existencia de las convenciones, las únicas condiciones esenciales son el consentimiento y el objeto; no hablamos de la solemnidad, puesto que la venta es un contrato no solemne; hay que agregar el precio en materia de venta. Y en la cesión prohibida por el art. 1,597 hay un precio, un objeto y el consentimiento. Se agrega que la nulidad está fundada en la incapacidad, y la incapacidad no es una causa de la inexistencia de los contratos. Esto parece decisivo. Sin embargo queda una duda, el artículo 1,597 así como los arts. 1,555 y 1,596 no pronuncian una verdadera incapacidad; establecen prohibiciones fundadas unas en el interés privado, otras en el interés general. ¿Cuando una prohibición tiene por fundamento el orden público no debe inducirse que tiene una causa ilícita en este sentido: que un derecho litigioso no puede ser el objeto de un contrato entre el acreedor y una de las personas enumeradas en el art. 1,597? Este es nuestro parecer.

Colmet de Santerre, t. VII, pág. 46, núm. 24 bis V. Debe agregarse Lieja, 22 de Diciembre de 1843 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 153).

1 Marcadé, t. VI, pág. 195, núm. III del art. 1597. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 453, nota 9, pfo. 539.

La cuestión sólo es de teoría. Supongamos que la cesión prohibida tenga una existencia legal: la ley la declara nula. ¿Es esta una nulidad de orden público ó es una nulidad de interés privado? En nuestro concepto es de orden público; lo que conduce á la misma consecuencia que si la cesión fuera inexistente en este sentido: que toda persona interesada puede prevalecerse de la nulidad; es decir, no sólo el cedente y el deudor sino aun el cesionario. Hemos transcrito los motivos que los oradores del Gobierno y del Tribunal dan de la prohibición establecida por el art. 1,597; estos motivos son esencialmente de interés general; se trata de poner la justicia al abrigo de viles cálculos, se trata de asegurar la honorabilidad de la magistratura; ¿no es este el primero de los intereses? (1) Las objeciones que se hacen son insignificantes. Se dice que se trata de la simple violación de un deber profesional. Sí, es por razón de la profesión que ejercen los magistrados, abogados y los oficiales ministeriales, por lo que la ley les prohíbe comprar derechos litigiosos; pero la justicia no se imparte por sí misma, son necesarios órganos; si estos órganos son impuros ¿qué sucederá con la justicia? Se insiste y se dice que llegamos á un resultado inmoral dando al cesionario que cometió una falta el derecho de invocar su falta para pedir la nulidad de la cesión cuando sucederá que la cesión fué una mala especulación. (2) Esto es olvidarse de los principios que rigen las nulidades de orden público. Lo que ante todo quiere la ley es que el acta que hiere de nulidad por interés general esté reducida á la nada; para obtener este resultado apela á todas las partes interesadas, aun á las que fueran culpables. Aquel que contrae un segundo matrimonio antes de la disolución del primero está admitido á pedir la nulidad: sin embargo, es culpable de un crimen. Hay algo de más in-

1 Esta es la opinión de Duvergier, t. I, pág. 238, núm. 200.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 45, núm. 24 bis III.