

¿Los acreedores podrán promover directamente contra el acreedor? Nó, pues el comprador no está obligado para con ellos, no es, pues, su deudor. Sólo pueden promover contra él en contra del art. 1,166, como ejerciendo los derechos del vendedor, deudor suyo, pero esta acción es menos provechosa que la acción directa que tienen contra el heredero, ésta les aprovecha por el todo mientras que tendrían que dividir con todos los acreedores los beneficios de la acción que intentaron en virtud del art. 1,166. (1)

580. El art. 1,698 dice que el comprador debe reembolsar al vendedor por lo que éste pagó por *deudas y cargos* de la sucesión; ¿qué se entiende por deudas y cargos? Traducimos á lo que fué dicho en el título que es el sitio de la materia. La ley agrega que el comprador debe dar razón al vendedor por todo lo que era acreedor; ya hemos dicho que los créditos, así como las deudas extinguidas por confusión, reviven cuando el heredero vende la herencia (núm. 54).

La obligación de soportar las deudas y cargos de la sucesión es muy onerosa, puesto que el heredero queda indefinidamente obligado y, por consiguiente, el comprador también. Se concibe que éste procure ponerse al abrigo de una obligación ilimitada que pudiera arruinarlo. La ley prevee que las partes harán estipulaciones contrarias; pueden convenir que el comprador no tendrá que soportar las deudas y los cargos más que por cierta suma ó hasta concurrencia de su emolumento, ó por cierta cantidad; en fin, pueden aun libertar al comprador de toda contribución á las deudas. Estas diversas cláusulas sólo son relativas á intereses pecuniarios que las partes tienen siempre libertad de fijar como gusten. Extraña ver estas cuestiones de hecho llevadas ante la Corte de Casación; se entiende que ésta pronuncia re-

1 Durantón, t. XVI, pág. 548, núm. 525 y todos los autores. Bruselas, 7 de Agosto de 1847 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 328).

gularmente sentencias de denegada fundándose en el texto del art. 1,698 que autoriza las estipulaciones contrarias de las partes contratantes. (1)

ARTICULO 3.—*De la cesión de derechos litigiosos.* (2)

§ I.—CUÁNDO HAY LUGAR AL RETIRO.

581. «Aquel contra quien se ha cedido un derecho litigioso puede hacerse liberto de él por el cesionario reembolsándole el precio real de la cesión» (art. 1,699). *Puede hacerse liberto*: la expresión es asaz singular; el derecho del deudor cedido tiene un nombre que la tradición ha consagrado, y no se ve por qué los autores del Código no lo produjeron. Pothier dice que es una especie de *derecho de retiro*; el deudor, reembolsando al cesionario, queda admitido á tomar su compra. La compra que el cesionario hizo de la deuda litigiosa queda destruida en la persona del comprador y para la del deudor que está como si hubiese comprado él mismo su deuda al acreedor y haber transigido con él por la suma dada por la cesión. En definitiva, el retiro ejercido por el deudor expropia al cesionario. ¿Por qué permite la ley quitar á éste un derecho que procede de su contrato y que es de su propiedad? Esto es una verdadera expropiación, y en nuestro orden constitucional la expropiación sólo puede tener lugar por utilidad pública. Pothier contesta: «Este retiro es muy equitativo. *El bien de la paz* exige que el deudor, quien al tomar para sí el trato extingue el proceso al que daba lugar la deuda litigiosa, sea preferido á un *odioso comprador de procesos*.» La palabra *odioso* está de más, se dice; el comprador es un especulador,

1 Denegada, Sala Civil, 14 de Febrero de 1854 (Daloz, 1854, 1, 53) y 23 de Abril de 1860 (Daloz, 1860, 1, 228).

2 Desjardins, *Del retiro de los derechos litigiosos* (*Revista práctica*, ta. XXV, XXIX y XXX).

un hombre que trata de aprovecharse de un crédito que cree bueno. Llamarlo odioso cuando no se califica así á aquel que hace un contrato aleatorio cualquiera, es un prejuicio. Creemos que hay un prejuicio de caridad cristiana en el derecho de retiro, pero hay que admitirlo é interpretarlo en el espíritu que lo hizo admitir; y los autores del Código se expresan casi como Pothier. (1) Portalis recuerda que el derecho de retiro fué introducido por las leyes de los emperadores y que la jurisprudencia francesa había adoptado, en este punto, el derecho romano. «Hemos creído, dice, deber conservar una facultad que la razón y la humanidad justifican; la humanidad alega en favor del deudor contra estos hombres hambrientos del bien ajeno que compran procesos para vejar á terceros ó por enriquecerse á sus expensas.» Puede contestarse que los hombres obran por interés más que por pasión, y que si el acreedor vende á precio bajo un derecho litigioso es porque hay una suerte de pérdida que el cesionario consiente en correr. El único motivo que puede darse para justificar el retiro es que pone fin á un proceso. Esto es seguramente un grande bien, pero no debe comprarse este bien violando un derecho, y la ley viola el derecho de propiedad del cesionario. En vano se dirá que el retiro satisface todos los intereses y que especialmente el cesionario no tiene derecho de quejarse, puesto que, por desfavorable que sea, vuelve á encontrar lo que dió. (2) Esto no es exacto: tengo derecho para quejarme cuando se me quita mi propiedad aunque no sea más que una suerte de utilidad, pues especular es también un derecho.

1 Pothier, *De la venta*, núm. 597. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 211, número 146 bis I. Portalis, *Exposición de los motivos*, núm. 48 (Loché, t. VII, página 86). Compárese la discusión del Consejo de Estado, sesión del 9 Nivoso, año XII (Loché, t. VII, pág. 41, núm. 7). Tronchet confiesa que la razón del retiro es el disfavor que pesa en los cesionarios de derechos litigiosos; Bigot-Prémameu repite la palabra *odiosos*.

2 Bigot-Prémameu en el Consejo de Estado. Duvergier reproduce la observación (t. II, pág. 441, núm. 356).

582. Para que haya lugar al derecho de retiro es preciso una primera condición, es que el derecho litigioso haya sido *cedido*. Por cesión la ley entiende una venta (art. 1,692); el texto del art. 1,698 lo dice implícitamente, puesto que exige que el deudor que quiere usar de esta facultad reembolse al cesionario el *precio* de la cesión. ¿Debe extenderse á cualquier contrato oneroso, por ejemplo al cambio, lo que la ley dice de la venta? Así se enseña porque hay el mismo motivo para decidirlo. (1) ¿Pero basta la analogía para extender una disposición tan exorbitante como la del art. 1,699? No se está ya en el texto y desde que se está fuera de él se vuelve al derecho común.

583. Es seguro que la ley no se aplica á la donación; el texto no es ya aplicable, puesto que la condición bajo la que el deudor puede ejercer el retiro no puede llenarse y el espíritu de la ley no deja ninguna duda; no se puede decir de los donatarios que la liberalidad que reciben es una especulación odiosa, pues no especulan. (2) Todos los autores son de este parecer; pero acordes en el principio se dividen cuando se trata de aplicarlo á una donación hecha con cargos. Esto es porque hay disentimiento en el carácter mismo de las donaciones llamadas onerosas. Hemos enseñado en el título *De las Donaciones* que éstas son verdaderas liberalidades cuando el monto de la donación excede el valor de los cargos. Debe aplicarse este principio al caso. Desde que hay liberalidad el art. 1,699 no tiene ya razón de ser, ni siquiera puede suponerse que al someter á cargos al donatario haya hecho un trato odioso, pues no es él quien toma la iniciativa del contrato, no especula, es gratificado. Esto nos parece decisivo. (3)

1 Duvergier, t. II, pág. 477, núm. 387. Colmet de Santerre, t. VII, página 213, núm. 146 bis VII.

2 Durantón, t. XVI, pág. 558, núm. 537 y todos los autores (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2018).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 454, nota 14, pfo. 359 *quater*, y en sentidos d. P. de D. TOMO XXIV—79

La jurisprudencia está en este sentido. Una mujer casi octogenaria hace una cesión de derechos litigiosos á sus hijos mediante una renta vitalicia. El deudor pretende ejercer el derecho de retiro. Su pretensión fué rechazada. «El retiro autorizado por la ley, dice la Corte de Caen, tiene por principal objeto no sólo extinguir los procesos sino también poner fin á la codicia de aquellos que se aprovechan de la ignorancia y de la debilidad de ciertas personas para hacer que les vendan derechos difíciles y litigiosos. Fuera contrariar este fin moral y honrado aplicar el retiro á actos de beneficencia y de generosidad; aquel que lo ejerce bien puede substituirse al adquirente gratificado por el saldo de los cargos que ha contraído, pero no puede substituirse á él en el afecto de su bienhechor. En el caso particular de la causa sólo puede verse un verdadero adelanto de herencia con reserva de una pensión, y semejante cesión, lejos de tener el carácter de los actos que son objeto del art. 1,699, merece todo el favor de la justicia.»

En el recurso intervino una sentencia de denegada; la Corte de Casación dice que la decisión atacada hizo una justa apreciación de la cesión consentida por su madre en provecho de sus hijos, calificándola de adelanto de herencia, verdadera dimisión de bienes permitida á los padres, y, por consiguiente, no pudiendo ser asimilada á los pactos de derechos litigiosos. (1)

584. El art. 1,699 supone que un *derecho* litigioso fué cedido. ¿Qué debe entenderse por la palabra *derecho*? ¿Es cualquier derecho, mueble ó inmueble, ó sólo se trata de derechos de créditos? Fué sentenciado que el derecho de retiro no se aplica más que á la cesión de derechos de crédito

versos los autores que citan. Agréguese Colmet de Santerre, t. VII, pág. 212, núm. 146 bis V.

1 Denegada, 15 de Marzo de 1826 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2021). En el mismo sentido denegada, Sala Civil, 24 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 1, 13).

y no á una acción que tiende á recobrar un inmueble. (1) Lo que parece haber determinado á la Corte de Bruselas á dar este sentido restringido á la palabra *derecho* en el artículo 1,699 es que se encuentra colocada bajo el rubro del capítulo que trata especialmente de los derechos de crédito. El argumento es muy débil, pues la clasificación no es una ley. De que el art. 1,690 que prescribe una especie de publicidad para la cesión de derechos de créditos no es aplicable á la cesión de derechos reales no puede concluirse que el art. 1,699 debe limitarse á los derechos mobiliarios, pues no hay ninguna relación entre ambas disposiciones, tienen un origen diferente y un objeto diverso. El mismo texto difiere: el art. 1,690 es una continuación del art. 1,689 que habla de la translación de un *crédito*, de un *derecho* ó de una *acción contra un tercero*, luego de un derecho contra una persona; mientras que el art. 1,699 habla en términos generales de un *derecho*, luego de cualquier derecho. En cuanto al espíritu de la ley es tan general como el texto; ¿hay menos codicia odiosa en comprar un proceso inmobiliario que en comprar un proceso mobiliario? En fin, puede también invocarse en favor de esta interpretación la excepción que el art. 1,701, núm. 3, hace á la regla del artículo 1,697. Se trata en él de una *herencia* sujeta á litigio, luego de un derecho real; y la excepción versa en la regla é implica, por consiguiente, que la regla comprende los derechos inmobiliarios. (2)

585. ¿Se aplica el derecho de retiro á la venta de un inmueble cuya propiedad es litigiosa? A primera vista se está inclinado á decir que este caso no entra en el texto de la ley; ésta habla de un *derecho* litigioso y no de una cosa cuya propiedad es litigiosa. En nuestro concepto el texto es

1 Bruselas, 21 de Diciembre de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 523). Compárese Bruselas, 24 de Febrero de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 50).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 455, pfo. 359 quater.

aplicable. ¿Qué entiende la ley por derecho litigioso? No debe aislarse la palabra *derecho*. No es, pues, la cesión de un derecho considerado de una manera abstracta lo que la ley reprueba: considera como odioso el trato que tiene por objeto un derecho litigioso; es decir, un proceso, como lo explica el art. 1,700. Tal es, seguramente, el espíritu de la ley; quiere poner fin al litigio y por este motivo permite expropiar á aquel que compró un proceso. ¿Qué importa que la venta tenga por objeto el inmueble cuya propiedad está sometida al pleito ó el derecho que el vendedor pretenda tener en el inmueble? Casi siempre esto es una cuestión de palabras, pues el que vende un inmueble cuya propiedad le es disputada vende realmente el derecho que pretende tener más bien que la cosa; vende un derecho litigioso.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de Casación es contraria, y hay que tenerlo presente, pues por más que se diga persiste en ello. No basta decir, como lo hace Marcadé, que la decisión de la Suprema Corte es un error, hay que probarlo y ante todo oírla. La sentencia de 1818 dice que la subrogación de las cesiones de derechos litigiosos sólo tiene por objeto los créditos y otros derechos no corporales; que es, por consiguiente, inaplicable á los inmuebles que, siendo cuerpos seguros y determinados, no quedan comprendidos en las disposiciones del art. 1,690. (1) Este es un argumento de texto, y este argumento merece siempre que se distinga en él, pues se trata de la voluntad del legislador. Troplong, tan severo como Marcadé, dice que esta sentencia es un ejemplo de errores demasiado frecuentes de la jurisprudencia. Creemos igualmente que la Corte se equivocó, pero la cosa no es tan evidente como se pretende. En una materia tradicional la tradición tiene grande autoridad; debe, pues, consultarse. Lamoignon dice en sus resolucio-

1 Casación, 24 de Noviembre de 1818 (Dalloz, en la palabra *Comunes*, número 1985, 3.º) Compárese Troplong, pág. 512, núm. 1001. Marcadé, t. VI, página 353, núm. II del art. 1701.

nes que «el cesionario de *herencias* y otros derechos mobiliarios é inmobiliarios de cualquiera naturaleza que sean, estando en litigio, puede ser obligado, por aquel de quien fué tomada la translación, á subrogarlo en sus derechos.» Se lee en Ferrière acerca del art. 108 de la costumbre de París: «Las cesiones de las acciones y *cosas* litigiosas están permitidas en Francia, pero conforme á las leyes romanas.» Rousseaud de Lacombe dice que estas leyes son aplicables, que la cesión está hecha por *derechos* litigiosos, *muebles* ó *inmuebles*. (1) La tradición parece decesiva, pero no es unánime como se dice, pues la Corte de Bruselas la invoca en favor de la opinión contraria; sin embargo, el pasaje de Ferrière nos parece decidir la cuestión; habla de la cesión de *acciones* y *cosas litigiosas*, y el art. 1,699 habla igualmente de *derechos litigiosos*; luego viene el art. 1,700 que dice: «La *cosa* es litigiosa, etc . . . » Las palabras *cosas* y *derechos* están, pues, empleadas como sinónimos. Esto contesta á la dificultad del texto.

Hay una sentencia posterior que se cita como habiendo consagrado la opinión contraria, la cual está profesada por la mayor parte de los autores, Viéndolo de cerca se ve que la Corte mantiene su primera doctrina. En el caso los derechos cedidos eran derechos de propiedad que el cedente pretendía tener en un bosque y en un pantano; estos derechos formaban el objeto de una demanda judicial introducida por el propietario. El recurso sostenía que la cosa cedida era un inmueble y que, por este motivo, la cesión no estaba sometida al retiro; se invocaba, pues, la jurisprudencia de 1818; ¿qué contesta la Corte? Que el caso actual es enteramente distinto. «Es realmente ceder un derecho litigioso, dice, el ceder no un inmueble, un *inmueble que se detiene y que se puede entregar*, sino sólo un derecho cualquiera en el inmueble y pretensiones que, por el aconteci-

1 Véanse las citaciones en Duvergier, t. II, pág. 469, nota.

miento, pueden no representar nada para el cesionario.<sup>1</sup> (1) La distinción sería, pues, ésta. Cedo un inmueble que poseo, pero acerca de cuya propiedad hay un proceso; la cesión no estará sujeta á retiro. Esta disposición no nos parece ser muy firme. ¿Qué importa que siendo poseedor del inmueble litigioso pueda entregarlo al comprador? Siempre le entrego sólo una pretensión, y si es sentenciado que no soy propietario del inmueble mi pretensión, aunque apoyada en la posesión, no representará nada para el cesionario. Se puede, pues, aplicar literalmente á la venta de un inmueble litigioso lo que la Corte de Casación dice de la cesión de un derecho litigioso en un inmueble; siendo idénticas ambas hipótesis el derecho de retiro debe ser concedido en una y otra. La razón es sencilla: es que en ambos casos hay venta de un proceso. (2)

586. El art. 1,099 sólo da el derecho de retiro cuando un derecho litigioso fué cedido. ¿Cuándo es litigioso un derecho? El art. 1,700 contesta: «La cosa está como si fuera litigiosa desde que hay un proceso y contestación acerca del fondo del derecho.» Hay, pues, dos condiciones requeridas para que el derecho sea litigioso en el sentido del art. 1,699: es necesario primero que haya un proceso y es menester en segundo lugar que, en este proceso, el fondo del derecho sea contestado. Si una de estas dos condiciones falta, el derecho no será litigioso. Puede haber proceso sin que el fondo del derecho esté contestado, como lo vamos á ver; en este caso no habrá lugar al retiro. Y aunque la cesión declarase que el derecho está contestado y que el acta lo calificase de litigioso, no habría lugar al retiro si, cuando la cesión, el proceso no estaba comenzado. (3)

1 Denegada, 22 de Julio de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 265). Compárese denegada, 28 de Enero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2041, 2.º)

2 Duvergier, t. II, pág. 470, núm. 379. Aubry y Rau t. IV, pág. 455, nota 15, pfo. 359 *quater*. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 211, núm. 146 *bis* III.

3 Denegada, 24 de Enero de 1827 (Dalloz, 1827, 1, 123). Compárese Casación, 1.º de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 318). Duvergier, t. II, núm. 360.

La definición del art. 1,700 es, pues, restrictiva en este sentido: que el derecho sólo es litigioso bajo las condiciones que resultan de la ley. Es verdad que los términos no son restrictivos; el artículo no dice que el derecho sólo es litigioso cuando hay proceso y contestación acerca del fondo, pero el carácter restrictivo de la definición resulta del objeto que el legislador persiguió. En el derecho antiguo no había definición legal del derecho litigioso; resultaba de esto incertidumbres y contestaciones que el legislador quiso evitar. Además, como muy bien se ha dicho, toda definición es exclusiva de lo que no entra en su fórmula; por esto es que el legislador tiene el cuidado de definir; si el derecho era litigioso, fuera de los términos de la ley, la definición sería más que inútil, engañaría á aquellos que buscan en el texto de la ley lo que ésta quiere. (1). Tal es también la jurisprudencia. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación: «Al transportar en nuestro Código Civil la disposición de las leyes romanas que admitían el retiro para la cesión de derechos litigiosos, el legislador quiso que no pudiera quedar ninguna incertidumbre acerca de lo que la ley entiende por derechos litigiosos. Tal fué el objeto del artículo 1,700. Esta disposición tiende á hacer cesar la variedad de interpretaciones que ofrecía nuestra antigua jurisprudencia en las circunstancias que constituyen un derecho litigioso; desde luego hay que considerarla como limitativa.» En este sentido dice la Corte que el artículo 1,700 ha sido siempre entendido y constantemente interpretado desde la promulgación del Código (2)

587. Es necesario un proceso para que el derecho sea litigioso en el sentido del artículo 1,699. Esto es una derogación al derecho antiguo.

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 218, núm. 147 *bis* I y todos los autores

2 Casación, 5 de Julio de 1819 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2048). En el mismo sentido casación, 1.º de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 318) y denegada, Corte de Casación de Bélgica, Febrero 7, 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 157).

«Se llaman créditos litigiosos, dice Pothier, los que están contestados ó pueden serlo por aquel que se pretende ser deudor de ellos, que el proceso haya comenzado ya ó que no haya comenzado, pero que haya lugar á temerlo.» (1) La disposición del Código es más lógica, tiende á poner fin á los procesos, luego es necesario que lo haya; no basta que haya lugar á temerlo, pues este temor puede no realizarse. Una cita en conciliación es expedida; ¿hay proceso? En apariencia sí, puesto que todo intento de conciliación es el preliminar obligado de cualquiera instancia judicial; luego, se dirá, es el principio de la instancia y, por consiguiente, hay proceso. Se contesta, y la respuesta es decisiva, que la cita en conciliación no puede ser considerada como el primer acto de un proceso, puesto que es una vía legal para impedir el litigio. Aunque el juez de paz no llegue á conciliar á las partes no debe inducirse de esto que hay proceso, pues sucede que, apesar de no conciliarse el asunto no tiene consecuencia, siendo algunas veces la negativa del deudor sólo un medio dilatorio para eludir sus compromisos; pero cuando la demanda se lleva ante los tribunales la sentencia cesa, porque ya es inútil y aun peligrosa, por razón de los gastos que el demandante tendrá que soportar. (2)

588. No basta que haya proceso en cualquier momento para que haya lugar al retiro, es necesario que el vendedor ceda un derecho litigioso, que el objeto de la venta sea un proceso. De esto se sigue que el proceso debe ser anterior á la venta. Si, pues, el cesionario intenta el proceso el derecho no es litigioso, pues el cesionario no compró un proceso. Así fuera aunque el vendedor hubiese declarado ceder un derecho litigioso y que la venta hubiese sido hecha á riesgos del comprador; todo lo que resultaría es que la ven-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 583.

2 Duvergier, t. II, pág. 448, núms. 361 y 362. Metz, 6 de Mayo de 1817 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2051).

ta sería aleatoria, pero no sería la venta de un proceso. (1)

No basta tampoco que haya habido proceso, es necesario que la instancia dure cuando la venta, pues es en este momento cuando la cosa debe ser litigiosa; luego el derecho de retiro no puede ser admitido cuando por una sentencia definitiva el litigio ha desaparecido y el derecho se ha vuelto seguro. Siendo el objeto del derecho de retiro, dice la Corte de Casación, extinguir el proceso, no puede ya tratarse de retiro cuando el derecho no está ya sujeto á litigio. (2)

589. La ley agrega una segunda condición para que la cosa sea litigiosa; debe haber contestación acerca del fondo del derecho. Cuando ambas condiciones se encuentran el derecho es como si fuera litigioso. La palabra *como si* da lugar algunas veces á controversias, porque parece ser sinónimo de *presumido*. Es seguro que tal no es el sentido del artículo 1,700; la ley quiere decir que la cosa está considerada como litigiosa; en otros términos, que lo es para con la ley y que, por consiguiente, hay lugar al retiro.

590. ¿Pero cuándo puede decirse que hay contestación en el fondo del derecho? La expresión es vaga y ha dado lugar á muchas dificultades. Un primer punto es seguro: es que, suponiendo que haya contestación en el fondo, el juez debe admitir el retiro sin que deba examinar el monto de la contestación; puede encontrar el derecho seguro y no contestable; esto no impide que el derecho sea litigioso desde que está contestado. En este sentido es una cuestión de hecho; desde que hay proceso y contestación acerca del fondo el derecho es litigioso aunque el juez fuera de opinión que el

1 Denegada, 24 de Enero de 1827 y denegada, Sala Civil, 9 de Febrero de 1841 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2050, 1.º y 3.º) Compárese denegada, 20 de Marzo de 1843 (Daloz, en la palabra *Ve<sup>n</sup>ta*, núm. 2050, 4.º).

2 Casación, 1.º de Junio de 1831 y sobre devolución Burdeos, 12 de Abril de 1832 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2062, 2.º)