

negocio no debiera haber sido llevado ante el tribunal; no por esto deja de ser verdad que un proceso fué comprado, lo que es decisivo. (1)

Hay, sin embargo, que admitir una restricción á esta regla. Si el derecho está consagrado por una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada ya no es litigiosa aunque el mismo deudor levantara una contestación, pues atacaría una acta inatacable, una acta que se presume ser la expresión de la verdad, sin que ninguna prueba se admita contra esta presunción. La restricción resulta de la autoridad que la ley liga á la cosa juzgada; ninguna contestación puede ya ser admitida acerca del fondo de un derecho reconocido por una resolución irrevocable, la oposición á una decisión de esta naturaleza no puede tener por efecto hacer inseguro lo que está seguro. (2)

591. Es necesario que haya contestación en el fondo del derecho. El fondo del derecho está contestado cuando el demandado niega la existencia del derecho. Cuando una cesión hubo entre el acreedor y el deudor una instancia en la que éste sostenía que no estaba obligado al derecho que hacía el objeto de la cesión; no contestaba la existencia de la obligación, pero pretendía que el mismo título en el que se fundaba la demanda probaba que promovía en nombre y por cuenta de un tercero; el demandado contestaba, pues, que hubiese una deuda á su cargo; esto era contestar el fondo del derecho y, por consiguiente, la cosa era litigiosa. (3)

Puede suceder que el título original de un crédito no esté contestado y que no obstante el derecho sea litigioso. Un crédito resulta de una sentencia que adquirió la autoridad de cosa juzgada y que con este título es incontestable, pero

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 457, nota 25, pfo. 359 *quater*. Colmet de Sante-  
rre, t. VII, pág. 218, núm. 147 bis I.

2 Denegada, Sección Civil, 4 de Marzo de 1823 (Daloz, en la palabra *Venta*,  
núm. 2062, 1.º)

3 Denegada, Sección Civil, 3 de Enero de 1820 (Daloz, en la palabra *Venta*,  
núm. 2056, 1.º)

el deudor pretende que su deuda está compensada por las indemnizaciones que tiene derecho á reclamar contra su acreedor, y decir que una deuda está compensada es decir que no existe; esto es, pues, contestar la existencia actual de la deuda, y, por lo tanto, el litigio versa sobre el fondo del derecho. (1)

No es necesario para que el derecho sea litigioso que la existencia de todo el derecho esté contestado; si el deudor, á la vez que reconociendo su deuda, contesta su extensión ó cuotidad niega la deuda parcialmente; el litigio, versa, pues, en la existencia de la deuda y, por lo tanto, el derecho es litigioso. (2)

592. La existencia de la deuda no es dudosa ni contestada, pero el deudor opone excepciones á la demanda formada contra él: ¿resulta de esto que la cosa sea litigiosa? Aquí está el verdadero sitio de la dificultad que presenta el art. 1,700. Al exigir que la contestación verse sobre el fondo del derecho para que la cosa sea litigiosa, el art. 1,700 dice implícitamente que hay contestaciones que no hacen litigioso el derecho. De esto se sigue que cualquiera defensa no tiene por efecto hacer la cosa litigiosa. Hay, pues, que hacer una distinción. Cuando la defensa consiste en una excepción perentoria el demandado ataca la validez del derecho aunque reconozca su existencia; si obtiene quedará sentenciado que no es deudor, luego contesta el fondo del derecho. El demandado opone la prescripción; esto es reconocer que el derecho existió, pero que está extinguido; si el juez admite la excepción desecha la demanda para siempre sin que el acreedor pueda renovarla; en este sentido la excepción es perentoria, destruye el derecho del demandante; es un medio tan enérgico de negar el derecho como si el de-

1 Denegada, 29 de Abril de 1834 [Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2056,  
2.º]

2 París, 3 de Febrero de 1867 [Devilleneuve, 1868, 2, 16]

mandado sostuviera que nunca existió; ¿qué importa en efecto que haya existido si ya no existe? Esto es, pues, en definitiva la existencia actual del derecho, lo que está en causa; luego el fondo del derecho está contestado y, por consiguiente, la cosa es litigiosa. Lo mismo fuera si el deudor opusiera la nulidad del derecho que el acreedor reclama. Una obligación nula existe, pero si esa nulada se considerará como no haber existido nunca. Sostener que la obligación es nula es, pues, pretender que no hay deuda; es contestar el fondo del derecho, lo que lo hace litigioso.

Hay otras excepciones que son extrañas al fondo del derecho y que sólo se refieren al procedimiento. Me citan ante un tribunal incompetente: pido que la causa sea devuelta ante los jueces que tienen el derecho de conocer. La cita que me fué hecha es nula; invoco la nulidad. Estas excepciones no tienen nada de común con el derecho reclamado; no contesto cuando pido la nulidad de la citación ó mi devolución ante el juez competente; el debate sobre el fondo no está emprendido, sólo lo será cuando me hayan citado válidamente ante el juez del conocimiento. Luego el derecho no es litigioso. (1)

593. Tales son los principios; no son dudosos. Sin embargo, la aplicación es algunas veces dudosa, puesto que sucede que la Corte de Casación se encuentra en desacuerdo con los jueces del hecho. Un derecho fué reconocido por una sentencia, pero está subordinado á justificaciones ulteriores que lo hacen inseguro; resulta que el proceso no está terminado y que el derecho continúa litigioso. La Corte de Casación lo sentenció así en un negocio que remontaba al siglo pasado. Una acta de partición había tenido lugar entre un municipio y unos habitantes que pretendían tener el derecho de cortar leña en la parte de un bosque que justifi-

1 Duvergier, t. II, pág. 449, núms. 363-365. Marcadé, t. VI, pág. 351, número I del art. 1700.

caban haber adquirido de sus autores. Fué sentenciado que el acta de partición de 1760 podía ser opuesta al municipio. Pero las sentencias que lo resolvieron así, lejos de poner término al litigio en cuanto al fondo, le dejaban toda su importancia y toda su incertidumbre. En efecto, sometían el reconocimiento definitivo de las pretensiones de los demandantes al cargo de probar su genealogía, la legitimidad de sus diferentes títulos y la ubicación exacta de las partes á que se aplicaban dichos títulos; podía, pues, suceder que estas pruebas, llegando á desfallecer los demandantes, sucumbirían en todo ó en parte de sus reclamaciones. Por lo tanto, sus derechos eran litigiosos. (1) Lo mismo pasaría si la justificación y, por consiguiente, el derecho dependieran de una experticia. (2) Pero toda experticia no hace inseguro el derecho. Surgieron dificultades acerca de un crédito resultante de trabajos; el deudor ocurrió al juez para hacer comprobar por expertos el estado de los trabajos. ¿El mandamiento del juez hacía el derecho litigioso? Nó, pues es de principio que el procedimiento de referencia no trae ningún principio al fondo (Código de Procedimientos, art. 980), y en el caso el mandamiento del presidente mandaba que las partes se proveyeran en lo principal y ordenaba simplemente la comprobación del estado de los trabajos: no existía, pues, litigio en el fondo del derecho. (3)

594. ¿Cuándo la defensa del deudor hace el derecho litigioso? Ante todo es necesario que haya defensa. Esto es evidente; sin embargo, se llevó la cuestión ante la Corte de Bélgica. En la época de la cesión existía un proceso, pero el demandado no había manifestado por ningún acto la intención de resistir á la demanda y no había hecho valer ningún medio de defensa contra la acción; no se podía, pues,

1 Denegada, 1.º de Marzo de 1865 [Daloz, 1865, 1, 366].

2 Denegada, 14 de Mayo de 1861 [Daloz, 1862, 1, 469].

3 Angérs, 14 de Julio de 1869 [Daloz, 1870, 2, 34].

decir que hubiese contestación acerca del fondo del derecho; por consiguiente, apesar del proceso el derecho no era litigioso (1) La Corte de Casación de Francia hubo de sentenciar un negocio análogo; en el momento en que se consintió la cesión el defensor no había nombrado abogado; desde luego, toda contestación era legalmente imposible y, por lo tanto, no había lugar al ejercicio del derecho de retiro. (2)

595. Toda denegación del derecho reclamado no constituye una contestación acerca del fondo del derecho. El Consejo de Administración de una sociedad se niega á acoger la demanda de una parte en las utilidades. Citación en justicia. El demandado se limita á oponer una excepción de incompetencia. Habiéndose cedido el derecho, la Corte de Lyon admitió el retiro. Esta decisión fué casada. Una denegación consignada en la deliberación de un Consejo de Administración no es una contestación acerca del fondo del derecho, luego la cosa no era litigiosa, y una excepción de incompetencia tampoco hacía litigioso el derecho. Lo que equivocó á la Corte fué que el proceso en el fondo parecía inevitable después de la decisión del Consejo, pero esto no constituye un litigio en el sentido del art. 1,700. (3)

596. No basta que haya una contestación acerca del fondo, es necesario que el juez del hecho compruebe en su decisión la existencia de las condiciones requeridas por la ley para que haya derecho litigioso. La Corte de Paris había admitido el retiro comprobando sencillamente que existía ante la Corte una contestación acerca del fondo del derecho; esta declaración era insuficiente porque de ella no resultaba que la contestación existiera anteriormente al momento de la cesión como lo exigen los arts. 1,699 y 1,700. La Corte de Casación agrega que la prueba de esta contestación no

1 Denegada, 7 de Febrero de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 157).  
2 Denegada, Sala Civil, 4 de Febrero de 1867 (Daloz, 1867, 1, 65).  
3 Casación, 1.º de Mayo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 318).

resultaba de ninguno de los documentos del proceso; en consecuencia, casó la sentencia atacada por falsa aplicación y violación á la ley. (1) Esto es riguroso, pero es legal.

§ II.—¿CUANDO DEBE O PUEDE EJERCERSE EL RETIRO?—¿CUALES SON LAS OBLIGACIONES DEL RETRAYENTE?

597. La ley no fija ningún plazo para el ejercicio del retiro; no hay, pues, decaimiento legal en esta materia. (2) ¿Quiere decir esto que el retiro puede ejercerse durante el plazo ordinario de 30 años? NÓ, seguramente. Una sentencia de la Corte de Casación explica en qué sentido la ley no fija ningún plazo. Desde luego el deudor perseguido no tiene que pedir el retiro *in limine litis*. Después todavía se le admite á pedirlo en apelación. Acerca de este último punto hubo debate ante la Corte. El art. 464 del Código de Procedimientos sienta en principio que una nueva demanda puede ser propuesta en apelación si constituye la defensa de la acción principal. ¿Entra en los términos de la ley la demanda de retiro? Sí, pues si se admite la acción cae. En el caso la acción principal intentada contra un municipio tendía al acantonamiento de un bosque; para apartar esta acción y hacer desaparecer enteramente el proceso el municipio pidió el retiro; bien era esto una defensa perentoria á la acción principal, luego el retiro era de admitirse. (3)

598. Queda una dificultad: ¿hasta qué momento se puede ejercer el retiro? La demanda se admite por todo el tiempo en que el litigio no se termina definitivamente. Este principio resulta del mismo objeto del retiro. El legislador lo concede al deudor para poner fin al proceso; luego se puede ejercer mientras hay proceso y no lo puede ser ya cuando

1 Casación, 11 de Diciembre de 1866 [Daloz, 1866, 1, 424]. Compárese casación, 5 de Julio de 1819 [Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2054].  
2 Lieja, 30 de Julio de 1818 [*Pasicrisia*, 1818, pág. 168].  
3 Denegada, 28 de Enero de 1836 [Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2041, 2.º]