

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]

el proceso se termina. Cuando intervino una disposición judicial inatacable el retiro no tiene ya razón de ser, puesto que ya no hay proceso y no puede ya haberlo (1)

Acercas del principio todos están acordes. Pero Pothier trae una restricción en la que hay alguna duda. Supone que el deudor pide el retiro en vísperas de la sentencia, cuando está seguro de sucumbir, y decide que en estas circunstancias el deudor no puede ser admitido al retiro. La única razón que se da es que las cosas no están ya enteras por haber el cesionario quitado las dudas acerca de la legitimidad del crédito. De hecho el crédito puede estar seguro, pero en derecho continúa no seguro hasta que el proceso esté resuelto por una sentencia que haya adquirido autoridad de cosa juzgada. Y la incertidumbre del derecho es decisiva. La restricción de Pothier es en realidad una excepción introducida por consideración de equidad: el intérprete no tiene este derecho. Sin embargo, la opinión de Pothier es admitida por los autores modernos. Troplong da una razón que bastaría para hacer deshechar su opinión: El deudor, dice, que sostiene el proceso en lugar de pedir el retiro se presume renunciar á la facultad que la ley le concede. ¿Se presume la renuncia? ¿y cuándo se presume? ¿es á principio de la instancia, es en el curso del proceso, ó es precisamente en vísperas del día en que se va á pronunciar la sentencia? Duvergier ha comprendido lo que tenía de poco jurídico esta doctrina y trató de buscar otro fundamento; según él hay deslealtad, fraude, por parte del deudor en sostener que nada debe y luego pedir el retiro á última hora. Que haya indelicadeza en esta manera de obrar lo convenimos, pero de esto al fraude hay mucha diferencia. El deudor tiene el derecho de obrar como lo hace, y el que usa de su derecho no es culpable de dolo. (2)

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 213, núm. 146 bis IX.

2 Pothier, *De la venta*, núm. 597. Troplong, pág. 510, núm. 999. Duvergier, t. II, pág. 466, núm. 377.

599. Se pronuncia una sentencia, es de último resorte; el demandado condenado se encuentra en el plazo legal para proveerse en casación ó para atacar la sentencia por vía de requisición civil. ¿Se pregunta si el retiro es admisible? No hay ninguna duda cuando la decisión está atacada por una de estas vías ordinarias, pues todo vuelve á ponerse en cuestión, la sentencia puede ser anulada ó retractada; luego la cosa es aún litigiosa, lo que decide la cuestión del retiro. Se objeta que el recurso de casación no es suspensivo y que la sentencia atacada puede, no obstante, ser ejecutada; pero esto no prueba que no haya litigio, y lo hay mientras que el proceso está pendiente ante una jurisdicción cualquiera; lo que es decisivo. La jurisprudencia está en este sentido. (1)

La Corte de Dijón, cuya decisión confirma la de Casación, dice en los considerandos de la sentencia, que lo mismo pasa si las partes se encuentran en el plazo para recurrir á casación aunque no haya ningún recurso. Preferimos la doctrina contraria, consagrada por la Corte de Bruselas. (2) La condición esencial para que haya lugar al retiro es que exista un litigio; y cuando ha intervenido una sentencia de última instancia ya no hay litigio, sólo cuando la decisión tiene un recurso es cuando renace el litigio. Aunque la parte condenada promoviera el recurso de casación, no fuera de admitir á pedir el retiro si ejecutaba voluntariamente la sentencia; esta ejecución voluntaria es una adhesión y ésta pone fin al litigio; el derecho ha dejado de ser litigioso por la voluntad de las partes interesadas. (3)

600. La jurisprudencia admite que el deudor puede ejercer el retiro, aun después que el litigio ha terminado, si el

1 Denegada, 5 de Mayo de 1835 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2063.)

2 Burdeos, 18 de Enero de 1839 (Daloz, en la palabra *Abogado*, núm. 147.)

Aubry y Rau, t. IV, pág. 457, nota 29, pfo. 359 *quater*.

3 París, 28 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 335).

cesionario mantuvo oculta la cesión durante la instancia notificando la translación sólo después de concluido el pleito. En este caso hay fraude á la ley y este fraude siempre hace excepción. La Corte de Casación dice muy bien que no puede depender del cesionario de un derecho litigioso quitar al deudor el beneficio de la subrogación haciendo que la cesión no le sea notificada más que después de determinado el litigio por una sentencia definitiva; esto fuera dar á aquel contra quien se estableció el derecho de retiro el medio de substraerse á su efecto. (1)

601. ¿Cómo se ejerce el derecho de retiro? La dificultad es la siguiente: Según el art. 1,609, el deudor cedido debe hacer reembolsos al cesionario: ¿debe ofrecerle el dinero y si lo rehusare debe levantar acta de presentación? La cuestión está controvertida. No puede tratarse de ofertas reales y de depósito, pues aquel que ejerce el retiro no es deudor del cesionario, usa de un derecho que la ley le concede. El ejercicio de este derecho lo somete á obligaciones, pero sólo debe llenarlas cuando el derecho de retiro le es adquirido. La dificultad está, pues, en saber si el deudor cedido debe hacer ofertas de dinero para adquirir el derecho de retiro. Nos parece que el silencio de la ley decide la cuestión. Ella es la que confiere el derecho; el deudor nada tiene que hacer más que declarar que su intención es aprovechar el beneficio de la ley. Exigir más es sobrepasar la ley y crear decaimientos que ésta no pronuncia. Pues hé aquí lo que puede suceder. El deudor notifica al cesionario que pide el retiro; el cesionario se niega á ello y sólo después de concluido el proceso es cuando el deudor hace ofertas reales. ¿Perderá su derecho por motivo de que le ejerce después de concluido el litigio? Nó, en nuestra opinión; mientras que en la opinión contraria estaría decaído por no haber usado

1 Denegada, Sección Civil, 3 de Enero de 1820 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2056, l. 2.º) Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2044 y Duvergier, t. II, pág. 468, núm. 378.

de la facultad del retiro mientras que la cosa era litigiosa. Y no puede haber decaimiento sin ley. Hay que aplicar por analogía, al derecho de retiro, lo que hemos dicho de la facultad de rescatar. (1)

602. Es de doctrina y de jurisprudencia que el retiro no puede ser pedido por conclusiones subsidiarias. El objeto de la facultad que el artículo 1,699 concede al deudor cedido es poner fin á los procesos. De esto resulta, como lo hemos dicho (núm. 508), que la subrogación no puede ser pedida cuando el proceso ha terminado por una sentencia definitiva; el derecho no sería ya litigioso y ya no pudiera tratarse del bien de la paz. Por la misma razón el deudor no puede á la vez defender en la acción del acreedor y pedir por conclusiones subsidiarias el retiro para el caso en que sucumbiera. En efecto, ¿á qué conducirían estas conclusiones si el juez las admitiera? Tendría á la vez que condenar al deudor, que autorizarlo para ejercer el retiro, reembolsando el precio de la cesión, y esto sería contradictorio; por una parte la sentencia establecería que el derecho del deudor es seguro y por la otra permitiría el retiro de la cesión, porque el derecho es litigioso; es decir, inseguro. El demandado debe, pues, optar; mientras se defiende no puede usar del derecho de retiro y desde que lo pide debe dejar de defender. (2)

603. ¿Cuáles son las obligaciones del deudor que ejerce el retiro? El artículo 1,699 dice que debe reembolsar el precio *real* de la cesión. Puede suceder que las partes hayan indicado un precio ficticio más elevado que el verdadero, con el fin de impedir que el deudor use del derecho que la ley le concede: esto fuera un fraude á la ley; el deudor podría probar, aun por testigos y por presunciones (arts. 1,348 y

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 458, nota 31, pfo. 350 *quater*. En sentido contrario Colmet de Santerre, t. VII, pág. 213, núms. 146 bis IX y X.

2 Duvergier, t. II, pág. 465, núms. 374 y 375. Compárense las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 458, nota 32, pfo. 359 *quater*.

1,353), cuál es el precio real; este precio es el que tiene que reembolsar. El art. 1,699 agrega que también debe reembolsar los gastos y cosas, así como los intereses desde el día en que el cesionario ha pagado el precio de la cesión que se le hizo. Como el cesionario está expropiado apesar suyo, es justo que se le indemnicen completamente sus gastos. La ley no considera la utilidad que pudo tener, esta utilidad se liga á una suerte, el gane del proceso, y el proceso fué pasado y terminado por el retiro.

La ley no habla de las costas de la instancia que la demanda de retiro suspende: ¿quién debe pagarlos? Se admite que estas costas están á cargo del retrayente, por aplicación del principio de que el cesionario no debe perder nada por el efecto del retiro, y perdería si tuviera que pagar las costas de la instancia. ¿Pero cómo conciliar esta obligación con el texto y los principios? El artículo 1,699 no habla más que de los *gastos legales*, expresión que se refiere á la convención intervenida entre el acreedor y el cesionario, y según los principios la parte que sucumbe es la que debe sufrir las costas. Puede decirse en el caso que el deudor cedido sucumbe; en efecto, comienza por defenderse; es decir, que pretende no deber nada. Luego pide el retiro, lo que supone que debe; se condena, pues, á sí mismo, lo que pone á cargo suyo los gastos ocasionados por su defensa injusta. Depende de él evitar este cargo pidiendo el retiro desde el principio de la instancia. (1)

§ III.—DE LOS EFECTOS DEL RETIRO.

604. La ley no se explica acerca del efecto del retiro y los autores están en desacuerdo en el principio. (2) Pothier dice que el deudor al reembolsar al cesionario está admiti-

1 Bruselas, 10 de Junio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 398).

2 Véanse las diversas opiniones así como las fuentes en Mourlón. *Repeticiones*, t. III, pág. 279, nota.

do á tomar su trato. El retiro sería, pues, una subrogación por la cual el deudor tomaría el lugar del cesionario. Tal es, en efecto, la expresión usual de que se valen los autores y las sentencias para designar el retiro. Pero hay que notar que la ley no la emplea. Pothier agrega que la compra hecha por el cesionario del derecho litigioso se destruye en la persona de éste y pasa á la del deudor; que está como si recomprara él mismo su deuda á su acreedor y como si transara con él por la suma dada por la cesión. (1) Esto nos parece muy absoluto; la ley no reprodujo la definición que Pothier da del retiro; se limita á decir que el retrayente puede saldar su deuda reembolsando al cesionario el precio real de la cesión. Hay que atenerse al texto y no dar al retiro efectos que la ley no le reconoce.

605. ¿Es verdad, como lo dice Pothier, que la cesión del derecho litigioso queda destruida? Es seguro que la cesión subsiste entre el cedente y el cesionario. El cedente no interviene en el retiro; el art. 1,699 no habla de él. ¿Por qué el contrato que consintió sería destruido? La ley supone que recibió el precio de la cesión; en este caso la cuestión no tiene ya interés, pero puede suceder que no lo haya recibido.

¿Cuál será entonces su situación? ¿No podrá ya promover contra el cesionario, su deudor? La ley no dice esto y esto no resulta tampoco de los principios. El contrato de venta subsiste entre el vendedor y el comprador, luego el cesionario continúa siendo deudor del cedente. Así el retiro es extraño á las relaciones del cedente y del cesionario. Esto es muy lógico. El objeto del retiro es poner fin al proceso que el cesionario persigue contra el deudor; luego todo pasa entre el demandante y el demandado; en cuanto al contrato intervenido entre el cesionario y el cedente queda extraño al deudor cedido, extraño al retiro, no figura en él más que

1 Pothier, *De la venta*, núm. 597.