

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. 1 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 transcritos 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.

moral para el legislador: es que el acta que la ley prohíbe se mantenga y produzca efectos jurídicos.

La opinión contraria está generalmente admitida, pero los autores no concuerdan entre sí, lo que testimonia poco en favor del principio que siguen. Por decir mejor, no concuerdan acerca del principio. La mayor parte buscan los motivos por los cuales la ley estableció la nulidad en el interés de una u otra de las partes interesadas; uno encuentra que la nulidad sólo está pronunciada en el único interés del cedido y no puede ser opuesta por él; (1) Otros piensan que la ley considera también la posición del cedente que sufrió la influencia abusiva del cesionario y, en consecuencia, le conceden la acción de nulidad. (2) El último autor que escribió acerca de la materia es de opinión que la nulidad está fundada en la incapacidad; (3) con este título el cedente debe tener el derecho de promover, pero no se ve por qué el cedido no tuviera acción, puesto que no interviene en el contrato, y, sin embargo, es del interés del cedido por lo que se afanaban las antiguas ordenanzas; ¿probaría éste que el principio de la incapacidad no es la ley? Los autores sólo están acordes en un punto: es que el cesionario no tiene la acción de nulidad, puesto que es contra él que la prohibición está establecida.

64. ¿Cuál es el efecto de la anulación? La cesión está considerada como no haber existido. Este es el principio general; luego el cedente permanece acreedor y el cedido permanece deudor del cedente, sólo el derecho del cesionario está anulado. (4)

La anulación puede dar lugar a un conflicto entre el cedente y el cedido. Puede suceder que el deudor no pida la nulidad, pero se prevalezca del derecho de retiro que le con-

1 Durantón, t. XVI, pág. 174, núm. 145.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 453 y nota 3, pfo. 359.

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

4 Durantón, t. XVI, pág. 174, núm. 145 y todos los autores.

cede el art. 1,699 cuando el crédito es litigioso en el sentido del art. 1,700; es decir, cuando es objeto de un proceso. Si el deudor mantiene el contrato ejerciendo el retiro ¿será mantenido el contrato para con el cedente? Si se admite nuestra opinión sobre el carácter de la nulidad, la negativa es evidente. Que la cesión sea inexistente ó que sea nula de un modo absoluto, poco importa; lo seguro es que no puede producir efecto alguno desde que una de las partes interesadas pide la nulidad. No puede depender del deudor cedido validar una acta que no puede producir ningún efecto porque el interés público se opone á ello. En la opinión contraria la solución es dudosa. Cuando el cedido, que es el principal interesado, usa del derecho que le da el artículo 1,699, parece que el contrato debería ser mantenido para con el cedente, tanto más cuanto que éste tiene una culpa que reprocharse: es la de haber concurrido á una acta que la ley prohíbe. Sin embargo, se admite que el cedente puede pedir la nulidad apesar del cedido. (1)

65. El art. 1,597 dice que las personas que enumera no pueden hacerse cesionarias de derechos litigiosos, bajo pena de nulidad, costas, daños y perjuicios. En cuanto á las costas se entiende que el cesionario las soporta, puesto que las ocasionó por su culpa violando la ley. Pero no se ve, á primera vista, por qué punto debe los daños y perjuicios, siendo el efecto de la anulación el de volver al cedente y al cedido en la situación en que se encontraban antes de la cesión.

Sin embargo, puede suceder que la cesión cause un daño al acreedor ó al deudor. El cedente está obligado después de la anulación á promover contra el cedido para hacerse devolver los títulos que entregó al cesionario; el cedido que ejerció el derecho de retiro debió procurarse los fondos necesarios quizá con condiciones onerosas; estos son

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 45, núm. 24 bis IV.

los elementos de los daños y perjuicios. La ley hizo, pues, bien en reservarlos. (1)

§ III.—DEL PRECIO.

66. Sin precio, dice Pothier, no hay venta. En la teoría del Código el precio es la causa de la obligación contraída por el vendedor de transferir la propiedad de la cosa. Si no hay precio el contrato está sin causa en cuanto al vendedor y, por consiguiente, es inexistente. Lo mismo sucedería si el precio fuera simulado, pues un precio ficticio no es un precio. Si el acta dice que el precio fué pagado al contado y está comprobado que esta enunciación es ficticia, la consecuencia será que no habrá venta. (2) Pero el acta, nula como venta, puede valer como donación si tal es la intención de las partes contratantes. Hemos dicho en el título *De las Donaciones* que la jurisprudencia de la Corte de Casación está en este sentido. En nuestra opinión el acta sería nula como venta y como donación. Si se admite la doctrina que la Corte de Casación ha consagrado, debe también admitirse que el acta será válida á título de liberalidad aunque fuera una acta privada, basta que el acta sea válida como venta; y la venta es un contrato no solemne. (3)

67. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya venta? El Código sólo exige una: es que el precio esté determinado y designado por las partes. Pothier agrega otras dos condiciones: el precio debe consistir en dinero y debe ser serio.

*Núm. 1. El precio debe consistir en dinero.*

68. El Código no dice que el precio debe consistir en di-

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 46, núm. 24 bis V.

2 Denegada, 14 mesidor, año XII (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 359).

3 Douai, 14 de Junio de 1852 (Daloz, 1853, 2, 89). Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 337, pfo. 349.

nero. Esta es la doctrina tradicional. ¿Por qué, en ausencia de una disposición legal, se admite que el precio debe ser estipulado en numerario? Es porque este es el único medio de distinguir la venta del cambio. Si os vendo mi casa y estipulo como precio la casa que os pertenece, será imposible distinguir cuál de ambas casas es objeto de la venta y cuál forma el precio. Se dijera en vano que las partes lo declararon en el contrato, no pertenece á las partes contratantes transformar una venta en cambio, pues ambos contratos están regidos por principios diferentes. Así la rescisión por causa de lesión no está admitida en el cambio (artículo 1,706); si dependiera de las partes designar como precio una de las cosas cambiadas, podrían, desnaturalizando así la convención, substraerla á la rescisión. Es, pues, necesario que independientemente de la declaración de las partes se pueda distinguir lo que, en un contrato, forma el objeto y lo que forma el precio. Y el destino del dinero es precisamente el de servir de precio; luego el precio debe consistir en dinero.

Si el pretendido precio consistiera en otra prestación que la translación de propiedad de la cosa, ya no sería una venta ni un cambio, sería una de estas convenciones que no han recibido nombre especial en el lenguaje de la ley y que por esta razón son innominadas. Semejante convención sería regida por los principios generales que están formulados en el título *De las Obligaciones* y no se podrían aplicar las reglas especiales que el Código establece para la venta ó para el cambio.

69. Desde que el precio consiste en dinero hay precio y venta. Ordinariamente el precio es una suma capital que el comprador paga inmediatamente ó en plazos que el contrato estipula. Puede también estipularse bajo la forma de renta perpetua ó vitalicia. Merlin lo ha contestado, pero su