

«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 (Dalloz, 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 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2050, 1.º y 3.º) Compárese denegada, 20 de Marzo de 1843 (Dalloz, 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 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2062, 2.º)

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 levante 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-  
re, 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 [Devilleuue, 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? No, 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).

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 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2063.)

2 Burdeos, 18 de Enero de 1839 (Dalloz, 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 (Dalloz, 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 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2056, 1.º) Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio* de Daloz, 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*.