

537. El cesionario es el legatario del cedente en este sentido: que toma su lugar en cuanto al crédito cedido y que le es transmitido, como dicen las sentencias, con sus cualidades y sus vicios. No hay que exagerar el alcance de estas decisiones. La palabra *legatario*, como la palabra *tercero*, tiene diversas acepciones, según las diversas materias; de manera que la misma parte, por razón de la misma acta, puede ser ya un legatario, ya un tercero. Así sucede con el cesionario de un crédito, es legatario del cedente como sucesor de sus derechos; es tercero si se le opondrá un escrito del cedente que no tiene fecha cierta; los escritos emanados del cedente sólo tienen fecha cierta para el cesionario en los casos previstos por el art. 1,328. (1) Sin embargo, no se debe perder de vista la excepción que la jurisprudencia ha consagrado en lo que se refiere á los recibos que el cedente hubiera dado al deudor. Traducimos á lo que se dijo acerca de este punto en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núms. 332 y 335).

#### SECCION IV.—De la garantía.

538. Se distinguen en materia de cesión dos garantías: la *garantía de derecho* por la cual el cedente se obliga á garantizar la existencia del crédito cuando la translación y la *garantía de hecho* que consiste en responder por la absolución del deudor. El cedente está obligado á la garantía de derecho (art. 1,693); no está obligado á la garantía de hecho más que cuando se comprometió á ella (art. 1,694).

#### § I.—DE LA GARANTIA DE DERECHO.

539. «El que vende un crédito ó un derecho no corporal debe garantizar su existencia en el momento de la translación aunque esté hecho sin *garantía*» (art. 1,693). Las pa-

1 Bruselas, 19 de Enero de 1848 [*Pasicrisia*, 1850, 2, 188].

labras *aunque esté hecho sin garantía* deben entenderse en el sentido del art. 1,626. «Aunque en el momento de la venta no se haya hecho ninguna estipulación acerca de la garantía.» En otros términos, como lo dice el mismo artículo, el vendedor está obligado de derecho á garantizar al comprador; esta obligación no necesita ser estipulada, resulta de la misma naturaleza de la venta. Según el artículo 1,603 el vendedor tiene dos obligaciones principales: la de entregar y la de garantizar la cosa que vende. Lo que es verdad para el vendedor en general lo es también para el cedente. No hay venta sin objeto; es, pues, necesario que el crédito cedido exista cuando la translación; en caso contrario no hay venta. Esta garantía es más que de la naturaleza de la cesión, es de su misma esencia, pues no se concibe la venta de un crédito sin crédito.

540. El art. 1,693 dice que el cedente debe garantizar la *existencia* del crédito. Debe entenderse la palabra *existencia* en el sentido que le da la tradición. «Cualquiera, dice Loyseau, que venda una deuda ó una renta está obligado á garantizar que está debida y legítimamente constituida, pues en todo contrato de venta indistintamente el vendedor está obligado á tres cosas por la naturaleza del contrato para excluir el recurso de garantía: 1. ° que la cosa sea y subsista; 2. ° que le pertenezca; 3. ° que no este comprometida ó hipotecada á otros.» (1) Pothier resume esta doctrina diciendo que la garantía de derecho consiste en prometer que el crédito vendido es verdaderamente debido al vendedor (2) y el Código es aun más breve, sólo habla de la existencia del crédito. Tenemos, pues, que ver lo que comprende la existencia, según las explicaciones de Loyseau.

541. Primero el vendedor está obligado á garantizar que el crédito cedido *es y subsiste*. Si el crédito no existió nun-

1 Loyseau, *De la garantía de las ventas*, cap. III, núms. 1 y 2.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 559.

ca porque una de las condiciones requeridas para la existencia del contrato hace falta, el cedente vendió la nada, no hay objeto; está obligado á la garantía, no hay que decirlo. Lo mismo pasaría si el crédito hubiere existido, pero que se hubiese extinguido cuando la cesión, pues esto fuera como si no hubiere existido nunca. (1) Tal fuera un crédito prescripto, un crédito compensado. Acerca de este último punto han intervenido dos sentencias. (2) Lo que parece haber equivocado al primer juez es que el título del crédito subsista materialmente cuando la translación; pero este título sólo sirve de prueba, y la prueba es vana cuando el derecho está extinguido.

542. Es necesario, en segundo lugar, que el crédito sea legítimamente constituido, dice Loyseau. Si tiene un vicio que lo hace nulo ó rescindible, el cesionario tiene derecho á la garantía. Esto no es dudoso cuando el derecho está realmente anulado ó rescindido, pues la sentencia que anuló el crédito lo nulifica como si nunca hubiere existido. Pero ¿es necesario que haya anulación para que el cesionario pueda promover? El cesionario puede prevalecerse del artículo 1,653, según el cual el comprador que tiene justo temor de ser molestado puede suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la molestia si no prefiere darle caución. Y el cesionario tiene seguramente temor fundado de que lo molesten cuando el deudor del crédito tiene una acción de nulidad que tiende á nulificar el derecho cedido. (3) Esto prueba que no puede tomarse la palabra *existencia* del art. 1,693 en sentido demasiado estrecho: el crédito nulo existe, pero no existe legítimamente como lo dice Loyseau y, por tanto, hay lugar á la garantía.

La jurisprudencia ha consagrado estos principios. Una

1 Duvergier, t. II, pág. 306, núm. 248.

2 Cnsación, 6 de Octubre de 1807 y 1.º de Agosto de 1808 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1845).

3 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 197, núm. 139 bis II.

deuda fué contraída por una persona que se hallaba en notorio estado de imbecilidad. Este crédito fué cedido; la nulidad fué pronunciada y el cedente declarado garante. Recurso de Casación. Se invocan los términos del art. 1,693: el cedente sólo debe garantizar la existencia del crédito, y es incontestable que un crédito nulificable existe, luego no hay lugar á la garantía. La Corte contesta: en derecho es lo mismo que un crédito no exista ó no se encuentre en condiciones de validez por un vicio esencial inherente á la convención. El recursante agregaba que si la imbecilidad del deudor era notoria, resultaba que el cesionario había conocido el vicio del crédito y que, por consiguiente, había comprado á sus riesgos; la sentencia atacada había de antemano contestado á esta objeción, comprobando que no estaba de ningún modo probado que la notoriedad fuera conocida del cesionario. (1)

La Corte de Casación ha aplicado el mismo principio en materia comercial; el caso merece ser citado. Unos cambistas venden un cierto número de billetes de banco de Austria, de 100 florines cada uno. Habiendo sido presentados estos billetes al banco de Viena por uno de los cesionarios, resultaron falsos veinte de ellos. De ahí una acción de garantía; desechada en primera instancia por el Tribunal del Sena, fué admitida en apelación. Recurso de casación. Se sostuvo que la Corte de París había hecho una falsa aplicación del art. 1,693 declarando á un cambista garante por el valor de billetes de banco falsos que entregó de buena fe á un particular á título de cesión. La garantía, se dijo, á la que está sometido aquel que transmite un billete falso no pudiera ser, en realidad, otra que la del negociante, cambista ó banquero que hubiera, sin querer y sin saberlo, negociado de buena fe unos efectos de comercio, letras de cam-

1 Denegada, 19 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 443). Compárese Bruselas, 29 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 302).

bio ó vales á la orden revestidos de firmas falsas, y esta garantía está fijada por la ley comercial. Y resulta de los artículos 140 y 187 del Código de Comercio, que aquel que no endosó y que entregó de mano á mano, como lo recibió, un efecto de comercio, no está sometido á ninguna garantía, porque la ausencia de su firma es la prueba de que no quiso hacerse garante de la cesión y que el cesionario aceptó la fe del título: aceptó el vale ó billete como bueno y, por consiguiente, no tiene derecho á ninguna garantía. La Corte de Casación ha rechazado esta doctrina; dice que la garantía es de la naturaleza de toda venta, y que fuera tan contrario al derecho como á la equidad decidir que la entrega de billetes de banco falsos, aunque hecha de buena fe, no puede dar lugar á ningún recurso por parte de aquel que pagó su precio con buen dinero. (1)

543. No basta que el crédito exista y que no tenga ningún vicio, es necesario, además, que pertenezca al cedente. Este es el objeto ordinario de la garantía cuando se trata de cosas corporales. Aquel que vende un crédito perteneciente á un tercero vende la cosa ajena; esta venta es nula y somete al vendedor á la garantía hacia el comprador (artículo 1,599). Se aplican, en este caso, los principios generales de la venta. El cesionario tiene acción cuando está vencido por el verdadero propietario, pero no está obligado á esperar la evicción; puede promover inmediatamente la nulidad en virtud del art. 1,599. (2)

544. La jurisprudencia aplica á la garantía de los créditos los principios que rigen la garantía de las cosas corporales. Según el art. 1,693 el cedente debe garantizar la existencia del crédito *en el momento de la translación*. El cedente no es responsable por la pérdida ó disimulación del crédito posteriormente á la cesión. Loyseau lo hace notar:

1 Denegada, 26 de Diciembre de 1860 (Daloz, 1861, 1, 213).

2 Bruselas, 18 de Octubre de 1822 (*Pascrisia*, 1822, pág. 261).

“como el peligro de la cosa es del comprador después de perfeccionada la venta, los accidentes que sobrevengan en ella son en perjuicio del cesionario. Por ejemplo, cuando por un decreto promulgado recientemente se aminoran en una tercera parte las anualidades debidas por rentas, ó si sucediera que se redujeran las rentas á un tipo de quince ó dieciséis; en fin, si sobrevinieran mutaciones semejantes es seguro que tales daños recaerían en los compradores de la venta y que éstos no tendrían ningún recurso contra los cedentes, ni siquiera en virtud de la cláusula de *pagar por sí*.” (1) Un crédito fué cedido antes de 1789 en una diócesis que fué destruida por la revolución, y la liquidación no fué promovida en tiempo útil; parece para el cesionario aunque hubiera estipulado la garantía; la garantía no se extiende nunca al hecho del soberano ó de fuerza mayor á no ser que haya una cláusula expresa en el contrato. (2)

545. La obligación más natural del garante es que no puede vencer él mismo al cesionario á quien debe la garantía. Esto ha sido, no obstante, contestado ante la Corte de Casación. El marido de una mujer dotal cede los derechos dotales de ésta garantizando la cesión. El hijo heredero de la madre en perjuicio y sin el concurso de la cual tuvo lugar la cesión, pide la nulidad. La nulidad era evidente, pero el hijo era también heredero del padre y, como tal, accedía á la obligación de garantía que el cedente había contraído. En el caso el cesionario no era de buena fe, pero todo lo que resultaba era que no tenía derecho á daños y perjuicios (art. 1,599). El vendedor no por esto había dejado de vender la cosa ajena, y era garante por este punto. (3)

546. El vendedor debe garantía de todo lo comprendido

1 Loyseau, *De la garantía de las ventas*, cap. IV, núm. 18.

2 Denegada, 19 de Junio de 1817 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1853, 2.º)

3 Denegada, 2 de Enero de 1838 [Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1873].

en la venta, y, según el art. 1,692, la venta comprende los accesorios del crédito; la obligación de garantía se extiende, pues, á dichos accesorios. ¿Es necesario para que haya lugar á la garantía que la cesión enumere los accesorios? La ley no lo exige y esto no resulta de los principios: según el art. 1,693 el cedente está obligado á garantizar la existencia del crédito en el momento de la translación, y en el crédito la ley comprende los accesorios; la garantía versa, pues, en los accesorios tanto como en el crédito mismo. Así cuando la cesión tiene por objeto una renta hipotecada el cedente debe garantizar la evicción total ó parcial del inmueble, aunque el acta no declarase que el crédito está hipotecado en tales ó cuales inmuebles. (1)

La aplicación del principio ha dado lugar á una cuestión muy controvertida. El cedente debe garantizar los accesorios en virtud del principio de la garantía de derecho; es decir, que garantiza la existencia de dichos accesorios, no garantiza su eficacia. Así garantiza la existencia de la caución pero no la solvencia del caucionante. Acerca de este punto no hay ninguna duda. ¿Pero qué debe decidirse si el accesorio es ineficaz en virtud de la ley en el momento mismo de la translación? Hé aquí el caso. Cesión de un precio de venta garantizado por el privilegio del vendedor. El deudor quiebra y la apertura de la quiebra se reporta á una época anterior á la cesión. El vendedor no puede exigir su privilegio contra la masa (Código de Comercio, art. 550). Se pregunta si el cedente es garante de la ineficacia legal del privilegio. La Corte de Bourges decidió la cuestión negativamente, fundándose en el art. 1,693: el cedente sólo debe garantía de la existencia del privilegio y de su validez, y, en el caso, el privilegio existía y era válido; fué por causa de la quiebra del deudor que se volvió ineficaz; por consi-

1 Bruselas, 18 de Octubre de 1822 [*Pasicrisia*, 1822, pág. 261].

guiente, por razón de su insolvencia, y el cedente no garantiza la solvencia del deudor. (1) En el recurso de casación la sentencia fué casada después de deliberación en la Sala del Consejo y por las conclusiones contrarias del primer Procurador General. La Corte se funda en el art. 550 del Código de Comercio; el privilegio del vendedor de efectos muebles no está admitido en caso de quiebra; la ley lo declara extinguido para con los demás acreedores desde el momento en que el estado real de quiebra ha existido. Al argumento que había decidido la Corte de Bourges, la Corte de Casación contesta: "que los efectos producidos por el estado legal de quiebra en el privilegio no podrían ser restringidos á la simple destrucción de su utilidad, y que un privilegio cuyos efectos útiles todos han perecido debe ser considerado como haber cesado de existir." (2) Así, en el momento mismo de la translación el privilegio era más que ineficaz, estaba extinguido, y lo que nos parece decisivo, estaba extinguido en virtud de la ley y no en virtud de la insolvencia del deudor. ¿Se quiere la prueba? La Corte de Orleáns á la que el negocio fué devuelto la dá. No es la insolvencia del deudor la que impedía al cedente ejercer su privilegio, había en el activo fondos suficientes para pagar al acreedor privilegiado; si no podía recibir estos fondos es porque no era ya acreedor privilegiado sino un simple acreedor quirografario; la ley le había quitado su privilegio, no existía ya cuando la translación, luego había lugar á la garantía de derecho. (3)

547. Los accesorios, en esta materia, tienen más importancia que el crédito principal, pues éste parece cuando perecen los accesorios. De ahí los numerosos procesos que se suscitan acerca de la garantía. Tan pronto se sostiene que

1 Bourges, 14 de Agosto de 1855 (Daloz, 1856, 2, 100).

2 Casación, 10 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 87).

3 Orleáns, 23 de Julio de 1857 (Daloz, 1859, 1, 125).

un accesorio no fué comprendido en la venta, (1) como se sostiene que las convenciones de las partes han derogado la ley. En todos estos casos la cuestión es de hecho, puesto que la solución depende de la interpretación del contrato y de la voluntad de las partes contratantes. Así la Corte de Casación se limita á pronunciar sentencias de denegada excusándose tras la soberanía de los jueces del hecho. Se dice en una acta de cesión que ésta se hace «sin más garantía que la existencia del crédito.» El sentido de estos términos es dudoso; puede significar que el cedente debe garantizar el crédito comprendiendo la hipoteca que constituía todo su valor; puede, también, significar que el cedente no entiende garantizar los accesorios sino únicamente la existencia del crédito. La Corte de París lo interpretó en este último sentido invocando las circunstancias de la causa. En el recurso de casación fué sentenciado que la interpretación admitida por la sentencia atacada no comprometía ningún principio de derecho; que entraba en la soberanía de los jueces del fondo y no podía, desde luego, incurrir en censura por parte de la Corte de Casación. (2)

548. ¿Cuáles son los efectos de la garantía? Estando obligado el cedente á la garantía en virtud del derecho común hay que aplicar las reglas que rigen los efectos de la garantía, tal cual los determina el art. 1,630. Traducimos á lo que fué dicho más atrás acerca del derecho que la ley da al comprador vencido contra el vendedor. Se ha sostenido que el cesionario vencido no tenía derecho á los intereses, sólo á partir del día de la demanda, conforme al derecho común. En efecto, el art. 1,630 no habla más que de la restitución del precio. La Corte de Casación contesta que el texto mismo del art. 1,630 condena esta pretensión. Supone que el

1 Véase la sentencia de Lyon de 12 de Junio de 1827 que Duvergier (t. II, pág. 309, núm. 254) relata con todas las circunstancias de la causa.

2 Denegada, 28 de Mayo de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 407). Compárese denegada, 19 de Noviembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 75).

comprador goza con los frutos y compensa este goce con el del capital. Y en el caso el cesionario no había recibido los intereses del crédito cedido y no había gozado de los intereses del precio pagado de contado. Luego los intereses del precio debían ser concedidos al cesionario, si no el cedente se enriquecería en perjuicio suyo. Esto es la aplicación del derecho común.

549. La aplicación del art. 1,630 á la cesión provoca una dificultad seria. Se supone que un crédito de 2,000 francos fué vendido en 1,500 francos. ¿El cedente debe restituir el capital nominal del crédito? Según el derecho común el cesionario tiene derecho primero á la restitución del precio, esta es la pérdida que sufre; pero también tiene derecho á la utilidad que no realiza; y si el deudor es solvente el cesionario no utiliza el beneficio de 500 francos que el cedente debe compensarle. La dificultad está en saber si el derecho común es aplicable ó si en este punto la legislación lo deroga. Se invoca el art. 1,694 como decidiendo la cuestión implícitamente contra el cesionario; cuando el cedente ofreció la garantía de hecho, lo de la solvencia del deudor, sólo es garante de ésta hasta concurrencia del precio. Si así es para la garantía de hecho ¿por qué no había de ser para la garantía de derecho? Nos parece que el argumento de analogía no es concluyente. Cuando el cedente garantiza la solvencia del deudor su intención no puede ser garantizar esta solvencia por el monto nominal del crédito, esto fuera un acto de locura ó un agio. En efecto, si el deudor es solvente el propietario de un crédito de 2,000 francos no lo venderá en 1,500, á menos que tenga gran necesidad de dinero y que tenga que sufrir las condiciones que le impone la avaricia del comprador. La situación de las partes es enteramente diferente cuando el cedente sólo está obligado á la garantía de derecho; el cesionario no está seguro de recuperar el precio, pero en contra puede esperar

que el crédito le será pagado; se encuentra, pues, en la condición de cualquier comprador, puede ganar ó perder; y el garante está obligado á indemnizarlo del beneficio que no realiza el cesionario tanto como de la pérdida real que sufre. (1)

Se dice que la ley no ve favorablemente á los compradores de créditos. Esto no es exacto más que para los créditos litigiosos; la ley no contiene ninguna disposición que pruebe un disfavor para las cesiones de créditos ordinarios, los intérpretes son los que crean el disfavor introduciendo en el Código una excepción al derecho común que no existe en él.

*Núm. 2. ¿Cuándo no es debida la garantía de derecho?*

550. Hemos dicho que el art. 1,693 reproduce el principio del art. 1,626; resulta de esto que el Código considera la garantía de derecho como siendo de la naturaleza de la cesión; por consiguiente, queda permitido á las partes convenir que el cedente no estará sometido á ninguna garantía. El art. 1,627 que lo decide así, es una consecuencia del principio establecido por el art. 1,626; la consecuencia es aplicable á la cesión tanto como el principio. ¿Cuál será el efecto de la estipulación de no garantía? El art. 1,629 lo dice: el vendedor está obligado á la restitución del precio; la cláusula sólo tiene por efecto libertarlo de los daños y perjuicios. Lo mismo sucede en caso de cesión porque hay igual motivo para decidir. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en este punto; (2) es inútil insistir en él.

551. El art. 1,629 agrega que el vendedor no está obligado á la restitución del precio cuando el comprador ha com-

1 Cmpárese Colmet de Santerre, t. VII, pág. 198, núm. 139 bis V. En sentido contrario Durantón, t. XVI, pág. 528, núm. 512 y todos los autores.

2 Duvergier, t. II, pág. 323, núms. 267 y 268. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 198, núm. 139 bis IV.

prado á sus riesgos ó cuando conocía en el momento de la venta el peligro de la evicción. ¿Se necesita además en estas dos hipótesis que se haya estipulado la no garantía? Traducimos á lo que fué dicho del art. 1,629 Lo que es seguro es que el cedente ni siquiera tiene que restituir el precio cuando estipuló la cláusula de no garantía y que, además, el cesionario conocía el peligro que tenía de ser vencido.

La jurisprudencia ofrece un ejemplo memorable de esta regla. En 1809 el General Rapp, habiendo ocupado militarmente la ciudad de Dantzick, pretendió ser propietario de las trincheras y fortalezas y ordenó á las autoridades municipales volver á comprárselas. En consecuencia, el burgo-maestre, autorizado por el Senado, firmó obligaciones, pagaderas á los seis, ocho y diez años, por la suma de 250,000 francos. El 10 de Agosto de 1814 el General cedió 200,000 francos de este crédito en el precio de 160,000 francos, con la cláusula terminante de no garantía. El cesionario trató en vano que se le pagara después de la caída del Imperio; se le contestó que Rapp había cometido un abuso de poder vendiendo fortificaciones que estaban colocadas fuera del comercio. ¿Puede oponerse al conquistador esta excepción tomada en el derecho privado? Presentamos la cuestión sin resolverla porque la solución es extraña al debate. El cesionario promueve la garantía contra la viuda del General Rapp. Esta demanda, admitida por el Tribunal del Sena, fué desechada en apelación. La Corte de París comprueba que la cesión había sido hecha con cláusula de no garantía; que ésta no se debía contra el Gobierno de Prusia, puesto que esto era un hecho del príncipe por el que el vendedor no debe garantía, y, lo que era decisivo, que en la fecha de la cesión los acontecimientos de la guerra habían dado á conocer el peligro de la evicción; que la cláusula de no garantía estipulada por el cedente é impuesta por el cesionario á un subadquirente probaba que todas las partes conocían el ries-

go ligado á la naturaleza del crédito cedido; lo que hacía aplicable el art. 1,629 en su letra y espíritu. En el recurso la Corte de Casación decidió que la sentencia atacada había hecho justa aplicación de las leyes de la materia. (1)

Es raro que los abusos de los conquistadores lleguen hasta los tribunales civiles. La Corte de Casación aplicó el mismo principio á hechos menos notables, pero más comunes. Una mujer dotal hizo un empréstito con autorización del juez, aparentemente para las necesidades de su casa y en realidad por interés personal de su marido, y consintió una hipoteca en un inmueble dotal. La hipoteca era nula. De ahí la acción de garantía por el cesionario. Se había terminantemente estipulado en el acta de cesión que ésta se hacía sin más garantía que la de la existencia de la deuda; por otra parte, el juez del hecho comprobaba que el cesionario había tenido conocimiento de actas que probaban la nulidad de la hipoteca. Se estaba, pues, en los términos del art. 1,629: ninguna garantía se debía al cesionario. (2)

552. No debe inducirse de estas decisiones que se debe necesariamente encontrarse en los términos del art. 1,629 para que la venta sea aleatoria. La doctrina y la jurisprudencia, como lo hemos dicho en otro lugar, se han apartado del texto de la ley. A decir verdad, la cuestión de saber si una venta es aleatoria depende de las convenciones intervenidas entre las partes; es, pues, una cuestión de hecho más bien que de derecho. (3) Y el juez tiene siempre el derecho y la obligación de interpretar las convenciones según la intención de las partes contratantes.

La Corte de Lyon ha resuelto que la venta en masa de los créditos de una quiebra, á prefijo, sin recursos ni disminución de precio para el caso en que algunos créditos ins-

1 Denegada, 16 de Julio 1828 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1,877).

2 Denegada, 7 de Julio de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 297). Compárese una decisión análoga, denegada, 13 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 75).

3 Compárese lo que hemos dicho en los núms. 427-429.

criptos en los libros no tuvieran existencia real, era una venta aleatoria y no daba lugar á ninguna garantía. Se objetaba que el art. 1,693 dice que el cedente debe garantizar la existencia del crédito cedido, cuando la translación. La Corte contesta que en el caso no eran créditos determinados los que eran objeto de la venta sino la masa de créditos, y resultaba del mismo contrato que la venta tenía un carácter aleatorio. (1)

Fuó también sentenciado que la obligación, por el cedente, de garantizar la existencia del crédito é hipoteca que se liga á éste, cesa en el caso en que está establecido que el cesionario tenía conocimiento, cuando la venta, del peligro ó de la inseguridad del crédito ó de la hipoteca. (2) Según el art. 1,629 esta decisión sería dudosa. Se le puede justificar como fundándose en las circunstancias de la causa; es decir, en la intención de las partes contratantes. ¿Pero no será exageración decidir que el cesionario no tiene ya derecho á la garantía cuando pudo y debió conocer los riesgos de la operación que emprendía y que no podía ignorar la suerte que tenía que sufrir, lo que apartaba toda idea de garantía? Esto es dar á una simple probabilidad más efecto que á una estipulación formal de no garantía. Esto nos parece excesivo. Si la Corte de Casación desechó el recurso, no se puede inducir de esto que haya aprobado la decisión, pues la Corte se limita á decir que la sentencia atacada hizo una apreciación que estaba en las atribuciones exclusivas de los primeros jueces. (3)

553. Según el art. 1,629, la cláusula de no garantía no impide que el deudor esté obligado á la que resulta de un

1 Lyon, 30 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 212). Compárese denegada, 9 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1869) y 5 de Julio de 1837 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 892) y denegada, 5 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 57).

2 Riom, 13 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 5, 239).

3 Denegada, 25 de Febrero de 1835 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 1879, 1. °)

hecho que le es personal; la ley aun prohíbe toda convención contraria. Hemos dicho más atrás cuál es el sentido de esta disposición y cuál es su razón. Se aplica á la cesión de créditos porque la ley no la deroga y porque hay igual motivo de decidir. (1) Tomaremos algunos ejemplos en la jurisprudencia.

Un notario cede un crédito resultando á su provecho en una acta que él había hecho y que por este motivo fué anulado. Fué sentenciado que era garante para con el cesionario por esta nulidad que le era imputable, aunque haya estipulado una cláusula de no garantía, no aplicándose esta cláusula á los hechos personales del cedente. (2)

En este caso el hecho personal era anterior á la cesión. Lo mismo sucedería si el hecho fuera posterior porque, dice la Corte de Douai, el garante no puede hacer nada que lastime el ejercicio de los derechos que tiene garantizados: toda acción directa que ejerciera contra el cesionario y que debería tener este resultado, sería rechazada por la excepción de garantía. Había esto de particular en el negocio conocido por la Corte de Douai: que el cesionario invocaba la excepción en materia de orden y que el cedente pretendía que no era demandante y no formaba ninguna acción contra aquel á quien debía la garantía. La Corte contesta que el acreedor que produce en una orden se constituye demandante con fin de preferencia contra los acreedores que le son posteriores en orden de hipoteca. Se sigue de esto que el cedente acreedor hipotecario anterior al cesionario que pide ser colocado en su orden de inscripción está obligado para con éste á la garantía bajo forma de excepción en el sentido de que el cesionario puede pedir que el cedente no esté colocado en su perjuicio. El cedente objetaba también que

1 Duvergier, t. II, pág. 316, núm. 262.

2 Bourges 8 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 438).

no atacaba la hipoteca del cesionario y que no se oponía de ningún modo á que fuese colocado en el rango que le pertenecía: produciendo la inscripción, decía éste, todo el efecto de que era susceptible, por razón de su fecha, no había lugar á la garantía. Esto era desconocer el principio de la garantía que resulta de los hechos personales del cedente. Este principio tiene por consecuencia que el garante no puede ser preferido al garantizado cuando hay concurso entre la hipoteca del cedente y la del cesionario. Hay lugar á garantía desde que el cesionario no estuviese colocado útilmente á consecuencia de la colocación del cedente. En fin, el cedente pretendía que no debía la garantía porque sólo se había vuelto acreedor posteriormente á la cesión por efecto de una subrogación á los derechos de un tercero. El artículo 1,628 y los principios elementales de la garantía contestaban á esta objeción; no hay para qué distinguir entre los hechos posteriores á la cesión y los hechos anteriores; desde que éstos son personales al cedente éste debe la garantía; los hechos posteriores tienen la misma gravedad en el sentido de que el cedente falta directamente á la obligación que ha contraído de garantizar la pacífica posesión al cesionario; por eso no puede nunca libertarse de la garantía por estos hechos, mientras que podría estipular que no sería garante de un hecho posterior á la cesión dándolo á conocer al cesionario. (1)

§ II.—DE LA GARANTIA DE HECHO.

*Núm. 1. Cuando hay lugar á la garantía de hecho.*

554. «El cedente no responde por la absolvencia del deudor más que cuando se comprometió á ello y hasta concu-

1 Douai, 21 de Diciembre de 1853 [Daloz, 1854, 2, 164]. Compárese París, 27 de Agosto de 1816 [Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 1146].

rrencia del precio que sacó del crédito." Por solvencia el art. 1,694 entiende la solvencia actual (art. 1,695). Es, pues, de principio que el cedente no responde por la insolvencia del deudor que existiese cuando la cesión. ¿Cuál es la razón? La obligación de garantía implica que la cosa vendida no pertenece al vendedor ó que un tercero tiene en ella derechos que no han sido declarados cuando la venta. En este sentido el art. 1,626 dice que el vendedor está obligado á garantizar al adquirente por la evicción que sufre en la totalidad ó en la parte del objeto vendido. Luego si el comprador no está ni puede ser vencido no hay lugar á la garantía. De esto se sigue que si el crédito cedido existe, aunque el deudor esté insolvente, el cesionario no puede tener ninguna acción; en efecto, no puede haber evicción posible, puesto que el crédito pertenece al cedente. Se dirá que si el deudor está insolvente el crédito cedido equivale á un crédito inexistente. Nó, pues el derecho existe y el deudor puede volver á mejor fortuna. De hecho las partes habrán tenido en cuenta la insolvencia del deudor y el precio se habrá fijado en consecuencia. Que si el cedente conocía la insolvencia y la hubiera disimulado habría dolo y el cesionario tendría por este punto una acción contra él.

555. El cedente no responde de la solvencia del deudor más que cuando se *comprometió* á ello. ¿En qué términos debe hacerse este compromiso? La ley nunca exige términos sacramentales, pero como se trata de una garantía excepcional es necesario que esté estipulada. Al juez toca interpretar la cláusula. Se pregunta si la simple cláusula de garantía debe interpretarse en el sentido de que el cedente no sólo está obligado á la garantía de derecho sino también á la de la solvencia. Esto es una cuestión de hecho, puesto que se trata de la voluntad y de la intención de las partes contratantes; el juez la decidirá, pues, según los términos del acta y según las circunstancias de la causa. Los autores enseñan

generalmente en derecho que la cláusula de garantía obliga al cedente á responder por la solvencia actual del deudor. Creemos que la cuestión presentada en derecho debiera recibir una solución contraria. El art. 1,630 pone en la misma línea la promesa de garantía y la garantía que existe de derecho sin ninguna estipulación; la ley lo decide así por aplicación de una regla general de interpretación; cuando las partes contratantes transcriben en su contrato una disposición de la ley, ésta no cambia de naturaleza ni produce efecto diferente. Así es como la condición resolutoria tácita reproducida por las partes en los términos del art. 1,184, no tiene otros efectos que si no la fuera estipulada. La razón es que las cláusulas que sólo reproducen una disposición de la ley son de estilo, no implican la intención de derogar la ley. ¿Se dirá que así interpretada la cláusula no tiene ningún efecto, lo que es contrario á la regla del art. 1,157? Contestaremos primero que el art. 1,157 no dice lo que se le hace decir; supone una cláusula que no tendría ningún efecto si se interpretara en uno de los sentidos que presenta, y no puede decirse de la cláusula de garantía que no tiene ningún efecto, puesto que tiene el efecto que la ley le atribuye. Si á semejantes cláusulas se atribuyera un efecto más extenso que aquel que la ley les da, se procedería casi siempre contra la intención de las partes contratantes, porque estas cláusulas son obra del redactor y aunque las partes las escriben no se les puede suponer la intención de derogar la ley, pues habría que comenzar por probar que conocen la ley. (1)

La cuestión estaba ya controvertida en el derecho antiguo. Loyseau enseñaba que la cláusula de garantía imponía al cedente la obligación de responder por la solvencia actual del deudor. Uno de nuestros mejores autores, Duvergier, dice que las razones en las que se funda están llenas

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 443, nota 70, pfo. 359 bis.

de buen sentido y justicia. (1) Las encontramos demasiado probantes y se sabe que en derecho no es bueno probar demasiado, pues quien prueba demasiado nada prueba. «Garantizar una renta, dice Loyseau, ¿qué es si no hacerla buena; es decir, bien pagadera y perceptible?» Además, ¿qué apariencia hubiera que en un contrato de buena fe el vendedor tuviera el dinero del comprador y éste no tuviera más que papel? Una deuda no perceptible no es una verdadera deuda. Se pudieran hacer valer todas estas razones para inducir que el cedente debe, sin cláusula ninguna y por la naturaleza del contrato, responder por la solvencia del deudor. Esto es, pues, probar demasiado, pues esto es colocarse fuera de la teoría del Código. No insistimos más porque, en nuestro concepto, la cuestión es de hecho y no de derecho.

556. Sucedería diferentemente si el cedente prometiera la *garantía de hecho*. Esta expresión tiene un sentido técnico; es como si el cedente hubiese dicho textualmente que se compromete á responder por la solvencia del deudor, pues la garantía de hecho no es otra cosa. Si no se diera este sentido á la cláusula no tendría ninguno, pues es imposible aplicar á la garantía de derecho una cláusula que habla de la garantía de hecho; y no se puede admitir tampoco que las partes hayan hablado sin querer decir nada. (2)

557. La Corte de Casación ha aplicado el principio del art. 1,694 á las cesiones comerciales. Se hacían varias objeciones, y como se refieren á los principios que rigen las cesiones tenemos que detenernos en ellos. El recurso de casación reconocía que las reglas del Código Civil acerca de la cesión son aplicables en materia comercial, pero negaba que la convención litigiosa fuese una acción. Se trataba de un contrato en el que un comerciante transfería á un tercero el

1 Loyseau, *De la garantía de las rentas*, cap. III, núms. 16 y 20. Duvergier, t. II, pág. 327, núm. 272. Troplong, pág. 475, núm. 933.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 444, pfo. 359 bis.

trato por el que otro comerciante se había comprometido á entregarle unas mercancías en épocas determinadas. El recursante sostenía que dicha convención no era una cesión, que era un contrato innominado, comercial más bien que civil, al que había que aplicarle los usos del comercio. No es una cesión, decía, pues ésta es la simple translación de un derecho; mientras que, en el caso, la convención tiene por objeto transferir un trato; es decir, obligaciones al mismo tiempo que derechos; y si se concibe la cesión de un derecho no se concibe la cesión de una deuda. La Corte de Casación responde que el comerciante que cede su trato queda personalmente obligado; lo que no impide que ceda su derecho á la entrega de mercancías, á reserva de que el vendedor ejerza contra el cedente la acción personal que tiene contra su deudor, acción de que éste no puede libertarse por la cesión. (1)

558. Hay una excepción á esta regla del art. 1,694; el art. 886 admite la garantía de la solvencia del deudor, sin ninguna estipulación en el caso en que se trata de la cesión de una renta en una partición por un coheredero á su coheredero. Traducamos á lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones*.

559. Cuando el cedente ofreció la garantía de hecho no responde de la solvencia del deudor sino hasta concurrencia del precio que ha cedido del crédito (art. 1,694). Ya hemos dado el motivo de esta disposición (núm. 549). La ley supone que tal es la intención de las partes contratantes. De donde se sigue que las partes pudieran estipular lo contrario. (2) Sin embargo, este punto está controvertido. Se da también otra razón de la disposición restrictiva del art. 1,694. La ley temió, se dice, que la garantía desolvencia del deudor hasta concurrencia del monto nominal

1 Denegada, Sala Civil, después de deliberación en Sala de Consejo, 6 de Mayo de 1857 [Dalloz, 1857, 1, 299].

2 Duranton, t. XVI, pág. 530, núm. 513.

del crédito, escondiera una convención usuraria; en efecto, no se ve causa legítima de semejante estipulación; si el deudor es realmente solvente y si el cedente garantiza esta solvencia hasta concurrencia de 2,000 francos, monto del crédito, ¿por qué había de cederla por sólo 1,500 francos? Esto es una utilidad sin causa, la que procura al cesionario, y esta utilidad es en realidad un agio. (1) Esta interpretación del art. 1,694 nos deja una duda. ¿En qué se funda? No se sabe. Supongamos que haya probabilidad de agio; una probabilidad no es una presunción; para que haya presunción es necesario un texto que la establezca claramente, y no se ve por qué el Código la hubiera establecido cuando permite á las partes fijar el tipo de interés convencional (art. 1,907). En ausencia de una presunción y de una prohibición hay que mantener el principio de la libertad de las partes contratantes.

560. «Cuando el cedente ha ofrecido la garantía de la solvencia del deudor, esta promesa sólo se entiende de la solvencia actual y no se extiende al tiempo venidero si el cedente no lo estipuló terminantemente» (art. 1,695). Esta disposición es una aplicación de los principios generales que rigen la garantía. El vendedor no está obligado nunca por los hechos posteriores á la venta. A partir del contrato la cosa está á riesgo del comprador; con más razón debe ser lo mismo con la solvencia del deudor de la cual el cedente responde por excepción. Toda excepción debe ser interpretada restrictivamente. El cedente bien puede garantizar la solvencia actual del deudor si lo conoce, pero es muy arriesgado garantizar la solvencia futura de quien quiera que sea; el cedente que garantiza la solvencia futura toma, pues, para sí todas las malas suertes. Para una cláusula tan exorbitante la ley exige una estipulación expresa; es decir, que la cláusula debe decir que el cedente responde por la solven-

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 200, núms. 140 bis I y II.

cia futura. Esta garantía sólo es debida hasta concurrencia del precio de la cesión, pues es una garantía de hecho; y la garantía de hecho, según el art. 1,694, se limita al precio. Sería agregar á la excepción el extenderla al monto del crédito; las partes lo pueden hacer en nuestra opinión (número 559), pues es necesario, para esto, una estipulación terminante relativa á la extensión de la garantía. (1)

561. ¿En qué términos debe ser estipulada la cláusula de garantía de solvencia futura? La ley quiere una estipulación expresa sin prescribir los términos en que deba hacerse. A los tribunales toca interpretar si hay lugar. Hay una fórmula tradicional que se perpetúa en las actas; es la cláusula de *ministrar y hacer valer*; se la interpreta como garantía de la solvencia futura del deudor. (2) Esto nos parece muy dudoso; que los tribunales lo decidan así de hecho y fundándose en la intención de las partes contratantes, esto está conforme con los principios, pero que resuelvan, en derecho, que la cláusula de *ministrar y hacer valer* debe ser entendida así, esto nos parece contrario á las reglas de sana interpretación. En el derecho antiguo el significado de esta cláusula era ya controvertido. Basta con leer en Loyseau y en Pothier las razones que se hacían valer por una y otra parte para fijar el sentido de la cláusula, y se convencerá uno de que las partes contratantes no pueden presumirse conocer estas sutilezas jurídicas, y sin embargo, se trata de la intención de las partes. Duvergier dice: «Basta que tal haya sido, hasta aquí la interpretación recibida en el palacio (estos son los términos de Loyseau) y que ésta sea la más común, para que se suponga que las partes que la emplearon en la cláusula la entendieron así.» Nó, esto no basta; se pregunta cuál es la intención de las partes, y ¿qué saben

1 París, 30 de Junio de 1853 [Daloz, 1854, 5, 410].

2 Riom, 8 de Mayo de 1809 [Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1894, 3<sup>o</sup>].  
Duvergier, t. II, pág. 329, núm. 273.

las partes de lo que sucedía en palacio en el tiempo de Loyseau? ¿Saben siquiera lo que pasa hoy? Los autores se olvidan siempre de que las partes no son hombres de leyes.

*Núm. 2. Efecto de la garantía de hecho.*

562. El cedente debe garantizar al cesionario contra la insolvencia del deudor; el cesionario tiene, pues, un recurso contra su garante cuando el deudor es insolvente. Es necesario que el cesionario pruebe la insolvencia, puesto que tal es el fundamento de su demanda. De esto se sigue que el cesionario debe comenzar por discutir el deudor, y si hay cauciones ó hipotecas debe discutir las cauciones y perseguir á los detentores de los inmuebles hipotecados á la seguridad del crédito. Esto es de doctrina y de jurisprudencia y la cosa no es dudosa. (1) Hay un caso en el cual el cesionario está dispensado de esta discusión, es cuando el deudor está declarado en quiebra y que la hipoteca cae por haber sido consentida en una época en que el deudor no tenía derecho de hipotecar. (2) Pero deberá hacerse colocar y no tendrá recurso contra el cedente más que por la parte del crédito que no había sido pagada.

Las partes pueden derogar estas reglas, puesto que la ley les permite agregar á la obligación de garantía, como están libres para disminuir su efecto (art. 1,627). Así el cedente puede ofrecer pagar sin promociones contra el deudor ó después de un simple mandamiento; en este caso el cesionario no está obligado á discutir previamente el deudor ni los caucionantes ni las hipotecas. (3) Creemos inútil insistir en estas cláusulas dependiendo todo de la intención de las partes contratantes y, por consiguiente, de las circunstan-

1 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1894. Aubry y Rau, t. IV, pág. 444, nota 73, pfo. 359 bis.

2 Lieja, 14 de Febrero de 1864 (*Parisicrisis*, 1864, 2, 165).

3 Duvergier, t. II, pág. 349, núm. 283.

cias de la causa que los tribunales aprecian soberanamente.

563. ¿Conserva el cesionario el recurso que le da la garantía contra el cedente si el crédito cedido pereció por su hecho ó su negligencia? Hay un caso en el que todos están acordes, es cuando la pérdida del crédito ó de los derechos accesorios que aseguran su pago procede del hecho del cesionario; se asimila al cedente á un caucionante, y el caucionante está descargado cuando la subrogación de los derechos, hipotecas ó privilegios del acreedor no puede ya, por el hecho de este acreedor, operar en favor del caucionante (art. 2,037). Si hay simplemente negligencia por parte del cesionario hay gran controversia; los autores están acordes en enseñar que el cesionario pierde su recurso cuando el crédito perece por su culpa, cualquiera que sea dicha culpa. (1) Creemos inútil entrar en este debate porque los principios de la garantía bastan para decidir la dificultad. Según el art. 1,640 la garantía por causa de evicción cesa por el solo hecho de que el acreedor se dijo condenar sin llamar á su vendedor si éste prueba que existían medios suficientes para hacer desechar la demanda; el comprador pierde, pues, su recurso á consecuencia de una simple negligencia. Este principio debe recibir su aplicación á la garantía de hecho tanto como á la de derecho, pues la garantía de hecho sólo es una extensión de la garantía; supone que es á consecuencia de la insolvencia del deudor que el cesionario no pudo obtener el pago del crédito; y si el cesionario deja perecer el crédito por su culpa descuidando las medidas conservatorias que debe tomar todo acreedor, no puede decir que la pérdida del crédito ó de las garantías accesorias se debe á la insolvencia del deudor; desde luego falta el fundamento de la acción de garantía.

1 Troplong, pág. 476, núms. 940 y 941. Duvergier, t. II, pág. 332, números 275-279. Compárese Aubry y Rau, t. IV, págs. 444 y siguientes, núms. 75 y 76, pfo. 359 bis.

Esto nos parece decisivo. En cuanto al principio del artículo 2,037 que se invoca en favor del cesionario lo apartamos porque el cedente obligado á la garantía no es un caucionante. Esto es lo que estableció muy bien una sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Agén, confirmado en apelación. Un garante, dice el Tribunal, sólo es responsable, sea en los términos de la ley, sea en los términos más extensos de una convencion, de la no existencia del crédito ó de la insolvencia del deudor. Cualquiera que sea la extensión que den las partes á esta responsabilidad nunca es una caución; no resulta de ella que el garante se vuelva deudor ni subsidiario del crédito por él vendido, como lo es un caucionante que accede á los compromisos del deudor principal sometiéndose á llenarlos á falta suya. Es porque el caucionante está personalmente obligado por lo que puede ser liberado, en general, sólo por el pago de la deuda. El garante, al contrario, sólo está obligado á indemnizar al cesionario del perjuicio que sufre, y no hay lugar á daños y perjuicios cuando el daño resulta de la culpa de aquel que lo sufre. Luego desde que el cesionario no está pagado por su culpa no tiene recurso contra el cedente. (1)

La jurisprudencia se pronunció en este sentido sin atender las controversias de la doctrina. Fué sentenciado que el cesionario no tiene recurso contra el cedente cuando descuidó de llenar las formalidades prescriptas para la conservación de su privilegio. (2) El cesionario de un crédito contra un municipio, vuelto deuda nacional en virtud del artículo 1,792, descuida de hacerlo liquidar en el plazo legal é incurre en decaimiento; la Corte de Casación sentenció que el cesionario tenía que sufrir las consecuencias de su falta. (3) Un cesionario está colocado en una orden abierta

1 Sentencia de 3 de Junio de 1871 [Dalloz, 1872, 2, 174].

2 Casación, 26 de Febrero de 1806 [Dalloz, en la palabra *Privilegios*, número 634].

3 Denegada, 30 de Mayo de 1826 [Dalloz, palabra *Venta*, núm. 1899, 2, °]

contra el adjudicatario del fundo hipotecado al crédito cuando éste estaba en condición de pagar; á consecuencia de su inacción el crédito se vuelve malo; la Corte de Limoges lo declaró, por este motivo, no admisible á la acción de garantía. (1) En fin, la Corte de Agén sentenció que el vendedor de un crédito á plazo, con garantía de solvencia actual y futura del vendedor, está al abrigo de todo recurso si el cesionario descuidó de reclamar su pago en el vencimiento y si la insolvencia del deudor sólo se manifestó posteriormente á esta época. En vano se invocaba, en favor del cesionario, la práctica notarial que, según se dice, considera la cláusula de solvencia actual y futura del deudor como equivalente á una caución; la práctica notarial no puede transformar una garantía en caución, las partes contratantes solas tienen este derecho. (2)

### § III.—PRESCRIPCION DE LA ACCION DE GARANTIA.

564. La ley no dice nada de la duración de la prescripción; hay, pues, que aplicar el derecho común, según el cual todas las acciones prescriben en treinta años, sin que deba distinguirse entre la garantía de derecho y la garantía de hecho. Es verdad que el art. 886 hace esta distinción limitando la acción de garantía por razón de insolvencia del deudor de una renta entre herederos, á cinco años desde la partición. Pero esta disposición es excepcional y lejos de poder ser extendida á la garantía, en materia de venta, sólo confirma la regla. Hay algunas dificultades acerca del punto de saber á partir de qué día comienza á correr. Volveremos á ello en el título *De la Prescripción*. (3)

1 Limoges, 24 de Agosto de 1862 [Dalloz, 1864, 2, 118].

2 Agén, 6 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 174).

3 Durantón, t. XVI, pág. 535, núm. 517. Aubry y Rau, t. IV, pág. 445, nota 77, pfo. 359 bis.

*ARTICULO 2.—De la venta de una herencia.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

565. Los arts. 1,696-1698 tratan de la venta de una herencia. La ley no dice lo que entiende por venta de una herencia, pero la definición resulta del art. 1,696 que dice: "Aquel que vende una herencia sin especificar en pormenor los objetos no está obligado á garantizar más que sólo su calidad de heredero." El vendedor debe garantizar el objeto de la venta; si el vendedor de una herencia no garantiza más que su calidad de heredero es porque la venta comprende los derechos ligados á esta calidad; es decir, los derechos sucesivos. Una cosa es vender derechos sucesivos y otra es vender los objetos hereditarios especificándolos; el art. 1,696 supone que, en este caso, el vendedor tiene que dar otra garantía; en efecto, será garante, según el derecho común, por los objetos que vende. La ley no se ocupa de esta venta, porque nada tiene de especial, es una venta ordinaria. Pothier dice que pueden también venderse las pretensiones que se tienen en una herencia y que en este caso el vendedor no estará obligado á ninguna garantía, porque es una suerte lo que es objeto del contrato, como cuando se compra la echa da de red de un pescador. (1)

Hay, pues, una gran diferencia entre estas tres especies de ventas bajo el punto de vista de la garantía. ¿Cómo podrá saberse si las partes han entendido vender y comprar los derechos sucesivos, ó los objetos hereditarios, ó las pretensiones del vendedor á una herencia? La cuestión se decide según las circunstancias de la causa, puesto que se trata de apreciar la voluntad de las partes contratantes.

566. Se enseña que toda cesión teniendo por objeto una herencia en general debe ser considerada como una cesión de derechos sucesivos. (2) ¿No es esto establecer una espe-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 528.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 447, nota I, pfo. 359 *ter*.

cie de presunción decidiendo *a priori* que una convención debe interpretarse en tal sentido más bien que en otro? La ley supone, es verdad, que la venta de una herencia versa en los derechos sucesivos, pero una suposición no es una presunción. Vale más decir que siempre es una cuestión de intención. Sólo una cosa resulta claramente de una venta que, según la convención, versa sobre una herencia; es que este contrato no es una venta de objetos hereditarios, pues ésta implica, como lo dice el art. 1,696, que la cosa vendida está pormenorizada. Estas ventas son frecuentes juzgando por la jurisprudencia. Citaremos algunos ejemplos. Un inmueble es poseído por indiviso por unos parientes; uno de los copropietarios cede sus derechos á su copropietario. ¿Es esta una venta de derechos sucesivos? Nó, pues versaba en un inmueble determinado y, lo que es decisivo, las partes no lo poseían á título de coherederos de un mismo autor. (1) La cuestión sólo puede presentarse cuando los copropietarios son coherederos, y puede haber duda cuando la cesión comprende toda la parte hereditaria del cedente; una corte de apelación se equivocó en ello en un caso que ya hemos relatado. Entrada en posesión, por decreto imperial, de seis hermanos, cada cual por un sexto de los bienes, dependiendo de las señorías confiscadas al Duque Looz-Corswarem, consistiendo en tierras de labor, praderas, montes y pantanos. El estado de situación de estos bienes resultaba de un proceso verbal de peritos depositado en el Tribunal de Namur. Uno de los hermanos cedió su parte. ¿Era la cesión de derechos sucesivos ó cuando menos de derechos no corporales, para emplear la singular terminología del Código? Fué sentenciado que la venta no era una venta de derechos hereditarios ni una translación de créditos sino una translación real de propiedad de objetos corporales inmobiliarias y seguros; es decir, una venta ordinaria.

1 Denegada, 19 de Agosto de 1806 [Dallos, palabra *Venta*, núm. 2067, 4. °]

La cuestión de saber si una convención contiene una venta de derechos sucesivos ó una venta ordinaria ofrece interés no sólo por lo que se refiere á la garantía sino también para la aplicación del art. 841 acerca del retiro sucesoral. Unos coherederos venden sus derechos en una casa con sus dependencias, teniendo el cuidado de determinar muy bien los linderos de la cosa vendida. ¿Era esta una venta de derechos sucesivos? Nó, dice la Corte de Lyon; la cesión sólo versaba en un objeto particular, especialmente determinado; los vendedores no cedían sus derechos á las sucesiones de los que procedía el inmueble vendido, continuaban investidos con ellos á título universal. Luego no había lugar al retiro sucesoral. (1)

En nuestra opinión el art. 1,690 no es aplicable á la venta de derechos sucesivos (núm. 478); importa, pues, á este respecto distinguir la cesión de una herencia de la cesión de derechos corporales. Fué sentenciado que el coheredero que cede á un tercero sus derechos en la devolución de su madre hace una translación ordinaria y no una venta de derechos sucesivos; de donde resulta que el cesionario, para estar en posesión para con los terceros, debe notificar la cesión á los deudores de las sumas dotales. Se pretendía que la cosa vendida era un derecho en una herencia, luego un derecho sucesivo. La Corte de Nimes contesta que lo que era objeto de la cesión litigiosa no era todo ó parte de los derechos del vendedor en la sucesión de su padre sino una parte determinada de las devoluciones dotales de su madre, de lo que era acreedor hacia la heredad de su padre; lo que era decisivo bajo el punto de vista del art. 1,690. (2)

567. La venta de derechos sucesivos no tiene por objeto las cosas hereditarias, comprende los derechos ligados á la calidad de heredero del vendedor y somete también al com-

1 Lyon, 11 de Mayo de 1833 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 2054).

2 Nimes, 12 de Junio de 1838 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1916, 2. °)

prador á los cargos que incumben al heredero; diremos más tarde en qué sentido. Lo que caracteriza, pues, la venta de una herencia es que la herencia esté considerada como una universalidad; es decir, un conjunto de derechos; bajo el punto de vista activo todo cuanto procedió y procederá de la herencia la composición de los bienes no está determinada, de manera que la convención no da á conocer los bienes que el comprador recogerá; es una venta de cosas indeterminadas.

De aquí que deben aplicarse á la venta de una herencia los principios que rigen la venta de cosas indeterminadas. La cuestión es muy importante bajo el punto de vista de la translación de la propiedad. Toda venta es translativa de propiedad, luego también la venta de una herencia. ¿Pero cuál es la cosa cuya propiedad se transmite al comprador en la venta de una herencia? ¿Son los bienes que componen la herencia? En nuestro concepto son los derechos sucesivos del vendedor; luego una universalidad. Esta universalidad comprende, es verdad, bienes determinados, créditos, efectos muebles é inmuebles; pero la venta no versa en ningún objeto particular, luego no puede transmitir la propiedad al comprador. ¿Cuándo, pues, obtendrá la propiedad de las cosas hereditarias? La adquirirá cuando la entrega, como el comprador de cosas indeterminadas sólo se hace propietario cuando estos casos se determinan, lo que de ordinario sucede con la entrega.

En cuanto al principio, trasladamos al título *De las Obligaciones*. No se pudiera contestar. Lo mismo pasa con su aplicación á la venta de una herencia. Se enseña que la venta de una herencia tiene por objeto los varios bienes que hacen parte de la sucesión y que produce la obligación de entregar estos bienes. (1) Sí, pero la obligación de entregar bienes que, cuando la venta, son indeterminados. ¿Qué se

1 Colmet de Sauterre, t. VII, pág. 203, núm. 142 bis III.

vende cuando se vende una herencia? Se vende todo lo que procede de ella y lo que procederá: esta es la fórmula de Pothier. (1) Nada se determina. Las cosas hereditarias que componen la herencia sólo quedarán determinadas cuando el vendedor haga la entrega al comprador; y la propiedad no puede existir más que en objetos determinados; luego no pasa á la persona del comprador más que cuando se haga la determinación.

Llegamos á la consecuencia práctica de este debate en lo relativo á los créditos. Del pretendido principio de que la venta de la herencia es una enajenación de bienes hereditarios se deduce que la cesión de la herencia es una cesión de créditos hereditarios y que, por consiguiente, el cesionario no está en posesión para con los terceros más que por la notificación de la translación (art. 1,690). La consecuencia está en oposición con el mismo texto del Código. Si la venta transfiriera la propiedad de los créditos hereditarios el vendedor sería garante de la existencia de estos créditos en virtud del art. 1,693; y el art. 1,696 dice que sólo debe garantizar su calidad de heredero; luego no es exacto decir que la venta de los derechos sucesivos es la venta de los créditos hereditarios.

En cuanto á los objetos corporales, muebles ó inmuebles, que hacen parte de la sucesión, se vuelven, en la opinión que combatimos, de pleno derecho propiedad del comprador; es decir, que el comprador es propietario en virtud del contrato. En efecto, se dice que el vendedor ofreció seguramente la propiedad de todo cuanto está comprendido en la herencia, y la consecuencia de esta promesa es una enajenación inmediata de la cosa. Se invoca en apoyo de esta decisión el art. 1,138. Esto es olvidarse de que esta disposición no se aplica más que al caso en el cual el contrato versa en cosas

1 Pothier, *De la venta*, núm. 529.

ciertas y determinadas; y el art. 1,696 dice que la venta de una herencia no comprende los objetos hereditarios; estas cosas no están especificadas en la convención, luego hay venta de cosas indeterminadas, y esta venta por sí sola no puede transmitir al comprador la propiedad de los bienes.

Nuestra doctrina es la de Pothier, y hace aplicación de ella. El vendedor, dice, contrae el compromiso de entregar al comprador todas las cosas que tiene procedentes de la sucesión en el momento de la venta. No puede, pues, sin contravenir á su compromiso, disponer de ellas. No obstante, como heredero que vendió sus derechos sucesivos permanece siempre propietario de las cosas de la sucesión hasta que las entregue al comprador; si dispone de ellas contra la fe de su compromiso transfiere su propiedad á aquellos en provecho de quienes las había enajenado, pero los deberá al comprador y se le condenará á daños y perjuicios. (1) Se aparta la opinión de Pothier por razón de que en el derecho antiguo la propiedad no se transfería más que por la tradición. (2) Esto es verdad, pero también lo es que lo mismo pasa en derecho moderno cuando la cosa vendida es indeterminada. No concebimos que el comprador adquiera la propiedad de una cosa que no está determinada.

568. Se saca otra consecuencia del principio de que la venta de los derechos sucesivos contiene implícitamente una venta de los bienes hereditarios: es que si está hecha por un heredero beneficiario éste incurre en el decaimiento del beneficio de inventario por haber vendido los bienes de la herencia sin la observancia de las formalidades prescriptas por la ley. (3) Hemos enseñado la opinión contraria en el título *De las Sucesiones* y es la opinión generalmente seguida (t. IX, núm. 406). Lo que acabamos de decir del carác-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 531.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 203, núm. 142 bis IV.

3 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 204, núm. 142 bis V. En sentido contrario Durantón, t. XVI, pág. 549, núm. 528.

ter que distingue la venta de una herencia nos confirma en nuestra opinión. Vender sus derechos sucesivos es transferir al comprador los derechos que se tienen como heredero; el heredero beneficiario no dispone, pues, como dueño de los efectos de la sucesión cuando vende sus derechos hereditarios, tiene que cumplir las obligaciones que ha contraído para con los acreedores y legatarios al aceptar bajo beneficio de inventario; el comprador está puesto sólo en su lugar en cuanto á los derechos, si los tiene. ¿Por qué había de estar decaído de su beneficio cuando nada cambió en la situación de las partes interesadas? Cuando el comprador procederá á la venta de los bienes hereditarios deberá hacerlo en las formas prescriptas por la ley; es una prueba segura de que esta venta no se hizo cuando la translación que el heredero beneficiario hizo de sus derechos sucesivos. Luego la venta de la herencia no es la venta de los bienes hereditarios.

569. Del principio de que la venta de una herencia comprende una universalidad se sigue que el comprador debe también soportar los cargos que gravan la sucesión, no que está obligado á ellos personalmente, pues no es heredero, y el vendedor no deja de serlo. Volveremos á este punto. Lo seguro es que resulta de esto que la venta de una herencia es más ó menos insegura en cuanto á los beneficios y pérdidas. Los bienes no están determinados y el vendedor no garantiza nada por este punto; en cuanto á los cargos están ilimitados y pueden no ser conocidos cuando la venta; aun es imposible que lo sean, pues puede haber deudas ocultas. Por esto es que se enseña que la venta de derechos sucesivos es un contrato aleatorio. (1) Pero no debe inducirse de esto que la venta de derechos sucesivos tiene por objeto una pura suerte; el texto del art. 1,696 prueba lo contrario, sometiendo al vendedor á la garantía de su calidad de here-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág. 276, núm. 691.

dero, mientras que aquel que vende una suerte no tiene que dar ninguna garantía. Hemos encontrado la dificultad al tratar de la rescisión por causa de lesión; la venta que tiene por objeto una suerte excluye toda idea de lesión. De aquí la cuestión de saber si la venta de derechos sucesivos es rescindible por causa de lesión de más de los siete doceavos. Esto es una dificultad de hecho como lo hemos dicho (número 427). (1) Aunque la venta fuera de derechos sucesivos, propiamente dicho, puede haber lesión y, por consiguiente, habrá lugar á rescisión.

La dificultad se presentó también en otras circunstancias. Un sucesible cede á un agente de negocios la mitad de lo que pueda tocarle en una sucesión que le venció. La lesión se hace en consideración á que el cesionario dió á conocer al cedente sus derechos hereditarios; á que el cesionario soportara los gastos en caso del descubrimiento de un testamento, ó á cualquiera otra causa y, en fin, á cuidados que tuvo en el negocio. Los herederos del cedente se negaron á ejecutar esta convención, pretendiendo que el cesionario sólo tenía derecho á una remuneración por el trabajo que tuvo en cuidar los intereses del heredero. En primera instancia el contrato fué considerado como aleatorio y el tribunal ordenó su ejecución. La convención, en efecto, hubiera sido aleatoria si el sucesible hubiera ignorado sus derechos, si éstos hubieran sido descubiertos por el agente de negocios; hemos citado un ejemplo curioso en el título *De las Obligaciones*. Pero en el caso nada había de incierto y aleatorio; la Corte de Apelación fijó al agente de negocios una suma de 10,000 francos á título de remuneración. En el recurso de casación intervino una sentencia de denegada. La Corte se funda en los hechos comprobados por la sentencia atacada para inducir que no existía ni secreto ni alea; que

1 Compárese Dorantón, t. XVI, pág. 549, núm. 527. Aubry y Rau, t. IV, pág. 460, nota 12, pfo. 359 ter.

el cedente había permanecido en ignorancia del valor probable de la sucesión por cobrar; de esto la Corte deduce la consecuencia de que el contrato litigioso no podía ser considerado como un contrato de venta de un secreto ó de derechos sucesivos, ni como un contrato aleatorio. El objeto principal de la convención era la liquidación de la sucesión; esto era, pues, un mandato de agencia de negocios. Según la jurisprudencia admitida en esta materia pertenecía á la Corte de París apreciar la importancia de los cuidados, trabajos y penas sufridos y deducir en consecuencia el monto de la remuneración. (1)

570. El art. 1,696 dice que el vendedor de una herencia está obligado á la garantía de su calidad de heredero. ¿Debe concluirse de esto que la venta tiene por objeto el título y la calidad de heredero? En cierto sentido sí, puesto que el comprador toma el lugar del heredero, del que ejerce todos los derechos y queda obligado á indemnizarlo por las deudas y cargos de la sucesión. Pero en el rigor del lenguaje jurídico no puede decirse que el sucesible vende su título y su calidad de heredero. Pothier lo hace notar y esto es de evidencia; este título y esta calidad están ligados á la persona del heredero y no pueden separarse de ella; de donde se sigue que no pueden venderse, pues las partes no pueden querer lo imposible, y es imposible para el vendedor transmitir al comprador una cosa que por su naturaleza no puede subsistir en otra persona que no sea la suya. De esto la consecuencia muy importante: el heredero que vende sus derechos sucesivos permanece heredero; al aceptar la sucesión se comprometió á soportar las deudas y los cargos; queda, pues, obligado hacia los acreedores y legatarios. (2) Hay otra razón igualmente decisiva para que el heredero esté

1 Denegada, 18 de Abril de 1855 y 7 de febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 206).

2 Pothier, *De la venta*, núm. 529. Duvergier, t. II, pág. 396, núm. 316.

obligado á todos sus compromisos. Se pueden ceder derechos, no pueden cederse obligaciones (núm. 529).

571. El heredero que vende su herencia permanece heredero, pero sólo para con los acreedores y legatarios. Entre las partes contratantes se le considera como si no hubiere sido nunca heredero; el comprador es el que se reputa como tal. Decimos que el vendedor está como si no hubiese sido heredero, no deja de serlo sólo desde la cesión, pues no se es heredero por cierto tiempo: *semel haeres semper haeres*. Se es heredero para siempre ó no se es nunca heredero. Hé aquí, pues, la situación un tanto singular del vendedor: para con el comprador está como si no hubiese sido heredero, mientras que para con los terceros es heredero, y no deja de serlo cuando menos respecto á las obligaciones que contrajo.

De esto resulta una consecuencia muy importante en cuanto á los derechos ú obligaciones que se han extinguido por confusión. El heredero era deudor del difunto; al aceptar pura y simplemente, se vuelve por su parte hereditaria acreedor de la deuda de que también es deudor; como estas dos calidades se excluyen en una misma y sola persona, la deuda del heredero se extingue por confusión. ¿Si el heredero vende su herencia volverá á vivir la deuda? Sí, pues como está como si nunca hubiese sido heredero para con el comprador, continúa siendo deudor; debe, pues, pagar al comprador el monto de la deuda que hace parte de los bienes hereditarios de que aprovecha el comprador. Por contra, si el heredero fuere acreedor del difunto su crédito extinguido por confusión revive cuando vende la herencia y puede reclamarlo al comprador. ¿Por qué la sucesión no extingue definitivamente la deuda ó el crédito? Porque la confusión no es nada más que la imposibilidad de promover, y por la venta de la herencia cesa la imposibilidad; luego la confusión no tiene ya razón de ser. (1)

1 Duvergier, t. II, pág. 406, núms. 331-333.

Se pudiera concluir de esto que el crédito ó la deuda revive con todos sus accesorios, caución ó hipoteca, de manera que el caucionante permanecería obligado á la deuda y las hipotecas subsistirían. La opinión contraria está generalmente admitida. Se considera la confusión como habiendo producido derechos en provecho de los terceros, derechos que el heredero no puede nulificar enajenando la herencia. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*; la deuda no está extinguida como lo fuera por el pago ó por la compensación; no se puede, pues, argüir como se hace con el arts. 1,263 y 1,299. (1) En los casos previstos por estos artículos el deudor renuncia al beneficio de las ofertas reales ó á la compensación, y naturalmente no puede renunciar á los derechos ajenos; hay un hecho definitivo, la liberación está consumada; mientras que la confusión no extingue definitivamente la deuda, impide sólo promover su pago; este impedimento puede cesar, y con la causa cesa el efecto igualmente (t. XVIII, núm. 507).

La confusión tiene también efecto en cuanto á los derechos reales que el heredero tiene en un inmueble, ya no puede ejercerlos, no pudiendo tener nadie derechos reales en una cosa de que se tiene la propiedad absoluta. Si vende la herencia estos derechos reviven. Lo mismo fuera si el difunto tuviera un derecho real en la herencia del heredero; éste no puede estar obligado á un derecho real en su propia cosa; el derecho se extingue, pero revivirá en provecho del comprador. Esta es la opinión de Pothier y de todos los autores. (2) Esto se explica por la naturaleza de la confusión, la que sólo es un impedimento temporal para el ejercicio del derecho real; cesando el impedimento la confusión cesa con sus efectos.

572. Para completar estas nociones generales recordare-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 448, nota 7, pfo. 359 ter.

2 Pothier, *De la venta*, núm. 537.

mos que si el vendedor de derechos sucesivos tiene coherederos éstos pueden ejercer el retiro sucesoral (art. 841). Esto supone que la venta tiene por objeto *el derecho á la sucesión*; es decir, derechos sucesivos; si la venta versa en una cosa hereditaria no há lugar al retiro. Hemos expuesto los principios que rigen esta materia en el título *De las Sucesiones*.

§ II.—DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR.

573. El vendedor de una herencia, como cualquier vendedor, tiene dos obligaciones principales, la de entregar y la de garantizar la cosa que vende (art. 1,603). Para determinar el alcance de estas obligaciones hay que ver, ante todo, lo que comprende la venta de una herencia. Pothier contesta que vendiendo una herencia se vende todo lo que de ella procedió y procederá; luego todo el emolumento que el vendedor saca de la sucesión y todo aquel que podrá sacar de ella. (1) El art. 1,697 consagra consecuencias que proceden de este principio. Se supone que el vendedor ha percibido los frutos del fundo. La ley decide que debe reembolsarse al adquirente á no ser que se los haya expresadamente reservado cuando la venta. *Reembolsar*, el término implica que los frutos han sido consumidos; el heredero en este caso reembolsa su valor; si los frutos existen aún los entrega con el fundo al comprador.

Lo que la ley dice de los frutos de un fundo se aplica á los intereses de los capitales y á las anualidades de una renta. Todos los frutos naturales ó civiles pertenecen al propietario (art. 547) y el comprador es como si fuera propietario desde la apertura de la herencia, pues ésta es la que compra; toma, pues, el lugar del heredero desde la apertura de la sucesión; por consiguiente, tiene derecho á toda clase de frutos desde aquel momento.

1 Pothier, *De la venta*, núm. 529.

El art. 1,697 prevee también el caso en que el heredero ha recibido el monto de algún crédito perteneciente á la herencia; está igualmente obligado á reembolsar al comprador lo que percibió, porque el comprador tiene derecho á todo lo que está comprendido en la herencia; es, pues, el crédito del comprador lo que percibió el vendedor, y naturalmente debe reembolsarlo, salvo reserva expresa. Es, pues, necesario una reserva expresa en estos diversos casos, puesto que, de derecho, los emolumentos pertenecen al comprador propietario de la herencia desde la apertura de la sucesión; sólo es, pues, por excepción como el vendedor puede conservar un emolumento cualquiera producido por la herencia, y esta excepción debe estipularse.

El art. 1,696 prevee también el caso en que el heredero ha vendido algunos efectos de la sucesión, y decide que está obligado á reembolsarlos al comprador. La expresión *reembolsar* es impropia; no se reembolsan los efectos vendidos, se reembolsa el precio de venta ó el valor de las cosas vendidas. Queda por saber lo que el vendedor debe reembolsar: ¿es el precio, es el valor? Hay que aplicar el principio de que el vendedor debe pagar al comprador todo lo que provino de la herencia, del *emolumento* que ha sacado; y aprovechó el precio, no sacó el valor de la cosa si se la supone superior ó inferior al precio; luego debe reembolsar el precio. Esta es la doctrina tradicional. (1)

574. Se ve por el ejemplo de la venta que el comprador debe conformarse con el reembolso de lo que el vendedor aprovechó, sin que pueda criticar lo que hizo el heredero. Si éste vendió con pérdida el comprador no puede reclamarle el valor en lugar del precio. La razón es que en el momento de la venta el heredero era propietario, tenía derecho de obrar como tal; no hay ninguna culpa que repro-

1 Pothier, *De la venta*, núm: 534.

charle, pues el propietario no tiene que dar cuenta á nadie de lo que hace. Es verdad que, por el hecho de la venta, el comprador está considerado como propietario de la herencia desde la apertura de la sucesión, pero en la intención de las partes contratantes los actos hechos por el heredero están mantenidos; ni siquiera pudieran resolverlos, puesto que resulta de ellos un derecho de tercero. De esto la consecuencia de que el heredero sólo debe dar cuenta al comprador por el emolumento que sacó de los actos que hizo.

Se aplica el mismo principio al caso en que, por su hecho, el heredero hubiera destruido ó deteriorado una cosa hereditaria. No es responsable; Pothier da de ello una razón decisiva. El heredero obra como propietario; no teniendo obligación para con nadie es imposible que tenga culpa. Sin embargo, un autor moderno que gusta apoyarse en la tradición dice que el heredero sería responsable de la culpa grave ó del dolo. Duvergier tiene razón en decir que esta distinción no tiene sentido. ¿Puede haber dolo cuando no hay deudor ni acreedor? Troplong mismo comienza por enseñar que el heredero no responde de su culpa, pues era propietario, y no pueden cometerse faltas contra sí mismo. Luego invoca la autoridad de Ulpiano para decidir que el heredero estaría obligado á su culpa si ésta llegase hasta el dolo. ¿Puede acaso cometerse un dolo contra sí mismo. (1)

575. Pothier dice que el vendedor debe también dar cuenta al comprador de todo lo que provendrá de la herencia; es decir, de cualquier emolumento que podrá sacar de ella. No hay que distinguir si la utilidad fué prevista en el contrato ó si es eventual, siempre que dependa del activo de la sucesión. Nada queda determinado en la venta de una herencia, luego no hay ningún emolumento que esté determinado y seguro. Fué sentenciado, en consecuencia, que el adqui-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 534. Duvergier, t. II, pág. 403, núm. 326. Compárese Troplong, pág. 495, núms. 965 y 966.

rente de una herencia tiene derecho aun á las cosas más eventuales que componen la herencia, sin que tenga que examinarse si las partes han entendido comprenderlas en la venta ó no. (1) Sucede con el activo hereditario como con el pasivo; el adquirente tendría que indemnizar al vendedor las deudas cuyas existencias no se sospechaba cuando la venta; por contra, tiene derecho á los bienes eventuales; la venta de una herencia tiene siempre algo de inseguro.

¿Debe aplicarse este principio al derecho de acrecimiento? El vendedor tiene un coheredero que renuncia después de la venta; la parte del renunciante aumenta la de su coheredero (art. 786): ¿este aumento es un emolumento eventual proveniente de la herencia de la cual el vendedor debe cuenta al comprador? Esta era antaño una cuestión célebre y muy controvertida; lo está todavía hoy entre los autores; la práctica parece ignorarla. Pothier cita para el comprador á Barthole y á Duarén; para el vendedor á Cujas y á Fachín; muchos otros habrá quienes se habrán esgrimido en pro y en contra. (2)

¿Cómo pudo Pothier, con su admirable buen sentido, no haber visto que esta es una cuestión de hecho más bien que de derecho, puesto que se trata de interpretar la extensión de un contrato? Y si se presentara ante los tribunales los jueces, lo creemos, no tendrían mucho trabajo en resolverla según la intención de las partes contratantes. En todo caso no tenemos la pretensión de decidir *a priori* lo que las partes quieren. Tal es también la opinión de los autores modernos. Es verdad que después de haber sentado en principio que esta es una cuestión de interpretación del contrato éstos intentan presumir y se pronuncian en virtud de estas presunciones en favor del vendedor. (3) Dejemos al juez

1 Bruselas, 26 de Julio de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 350).

2 Pothier, *De la venta*, núm. 545. Véanse las citaciones en Duvergier, t. II, pág. 410, nota.

3 Durantón, t. XVI, pág. 547, núm. 524. Tropolog, pág. 496, núm. 972.

el cuidado de interrogar las convenciones de las partes que ignoramos y las circunstancias de la causa que igualmente ignoramos.

576. El vendedor de una hereucia está obligado á la garantía como todo vendedor ;pero qué debe garantizar? Sólo está obligado á garantizar su calidad de heredero (art. 1,696). En efecto, vende derechos sucesivos; es decir, derechos ligados á la calidad de heredero; si no es heredero no tiene derechos en la herencia y, por consiguiente, vendería lo que pertenece al heredero; esto sería vender lo que no le pertenece, por lo que debe garantizar que es heredero. Síguese de esto que el heredero aparente no tiene ninguna calidad para vender la herencia y que si la vende tiene que dar garantía al comprador. Se sabe que la jurisprudencia francesa le permite vender las cosas hereditarias; así puede vender bienes en los que no tiene ningún derecho. Ya hemos discutido la cuestión en otro lugar. La Corte de Casación, á la vez que manteniendo su doctrina acerca de la validez de las enajenaciones consentidas por el heredero aparente, ha sentenciado que no tiene el derecho de vender la herencia; la tal venta supone necesariamente la calidad de heredero en la persona del vendedor, quien está obligado á la garantía. (1) ¿No supone la venta de un bien hereditario la calidad de propietario en el que vende?

577. ¿Qué debe el vendedor en virtud de la garantía que la ley le impone? Hay que aplicar á la venta de la herencia el principio general del art. 1,630, puesto que la ley no lo deroga. (2) Transladamos á lo que fué dicho más atrás.

578. Las partes pueden estipular que el vendedor no quedará sometido á ninguna garantía (art. 1,629). Cuando el

Marcardé, t. VI, pág. 344, núm. III del art. 1698. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 209, núm. 144 bis VII.

1 Casación, 26 de Agosto de 1833 (Daloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 555). Compárese Duvergier, t. II, pág. 375, núms. 303-306.

2 Duvergier, t. II, pág. 388, núm. 313.

vendedor sólo vende sus pretensiones en la herencia la venta es esencialmente aleatoria y, por lo tanto, el vendedor nada garantiza (núm. 565). No deben confundirse ambas hipótesis. La estipulación de no garantía tiene sólo por efecto dispensar al vendedor de pagar los daños y perjuicios; queda obligado á la restitución del precio si no es heredero y si, por consiguiente, el comprador queda vencido por el verdadero heredero; mientras que el vendedor no tiene que restituir el precio si vendió sus pretensiones; vendió, en este caso, una suerte y la suerte se volvió contra el comprador, podía haber salido á su favor. (1)

§ III. — DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR.

579. «El adquirente debe reembolsar al vendedor lo que éste pagó por las deudas y cargos de la sucesión, y entregarle todo aquello de que era acreedor, si no hay estipulación contraria» (art. 1,698). La ley supone que los acreedores de la sucesión han promovido contra el vendedor y que éste tuvo que pagar las deudas y los cargos.

Tal es, en efecto, su obligación; la venta que hace de sus derechos sucesivos implica por su parte una aceptación (artículo 780), y esta aceptación es pura y simple, á no ser que habiendo aceptado bajo beneficio de inventario venda sus derechos de heredero beneficiario (núm. 568). De cualquiera manera que haya aceptado es heredero, y no puede dejar de serlo en cuanto á las obligaciones que contrae con los acreedores y legatarios. Estos tienen el derecho de perseguirlo; pero el comprador, tomando su lugar en cuanto á sus derechos, debe también estar obligado á los cargos de la herencia, pues compra una universalidad que comprende el activo y el pasivo; debe, pues, indemnizar al vendedor reembolsando á éste lo que pagó á título de heredero.

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 205, núm. 143 bis II.

¿Los acreedores podrán promover directamente contra el acreedor? N<sup>o</sup>, 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? trasladamos 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 Duranton, 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 liberrar de él por el cesionario reembolsándole el precio real de la cesión» (art. 1,699). *Puede hacerse liberrar*: 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 reprodujeron. 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*, to. 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 desfavor 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 disenso 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 di-  
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, I, 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 oírlo. 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 (Daloz, en la palabra *Comunes*, número 1985. 3. °) 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 Paris: «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 Véase las citaciones en Duvergier, t. II, pág. 469, nota.

miento, pueden no representar nada para el cesionario.» (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 (Daloz, 1851, 1, 265). Compárese denegada, 28 de Enero de 1836 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2041, 2. °)

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 (Daloz, 1827, 1, 123). Compárese Casación, 1. ° de Mayo de 1866 (Daloz, 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 denuciada, 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. 683.

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)

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 Santez, 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. 2066, 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 [Devilleuve, 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 [Dalloz, 1865, 1, 366].

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

3 Angérs, 14 de Julio de 1869 (Dalloz, 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 (*Dalloz*, 1867, 1, 65).

3 Casación, 1. ° de Mayo de 1866 (*Dalloz*, 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 [Pasieris, 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)

Acerca 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 aqui 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. 2066, 1. °) 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*.

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 a pesar suyo, es justo que se le indemnizen 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 daudor; 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.

que para comprobar el precio que el deudor debe reembolsar al cesionario. (1)

606. ¿Es el retiro una nueva cesión que interviene entre el cesionario y el retrayente? Se pudiera creer al fijarse á la expropiación que sufre el cesionario. Se le expropia del crédito que ha comprado, y aquel que expropia compra, y aquel que es expropiado vende. En esta opinión habría una reventa por el ejercicio del retiro. No es así. La ley no dice que el retrayente compra su crédito y es inútil suponer una venta para el ejercicio del derecho de retiro; las cosas pasan, pues, sencillamente: el demandado suspende el proceso y lo termina reembolsando al demandante el precio de su adquisición. Esto es todo lo que dice la ley.

¿Cuál es, pues, el efecto del retiro entre el retrayente y el cesionario? El retrayente se pone al abrigo de toda promoción por parte del cesionario reembolsándole el precio de la cesión; esto es lo que dice el art. 1,699: aquel contra quien se ha cedido un crédito litigioso *lo salda*. En cuanto al cesionario pierde la utilidad de su trato; debe conformarse con ser indemnizado. Síguese de esto que para con el deudor el cesionario se considera no haber sido nunca acreedor; si el crédito cedido hubiese sido embargado este embargo caería, pues ya no hay crédito, la ley lo declara extinguido; el cesionario tiene sólo una acción al reembolso del precio. Se entiende que los acreedores del cesionario pueden ejercer esta acción; pero no es el crédito cedido lo que ejercen, éste está extinguido por un motivo de utilidad pública. (2)

#### § IV.—DE LAS EXCEPCIONES.

607. El art. 1,701 prevee tres casos en los que el derecho de retiro cesa. No tiene lugar, primero, cuando la cesión ha sido hecha á un coheredero ó copropietario del derecho ce-

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 216, núm. 146 bis XV.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 215, núm. 146 bis XIII y XIV.

didó. El derecho de retiro, dice Pothier, sólo está fundado en el odio que merecen los compradores de procesos que no parecen tener otro motivo que el amor al pleito para adquirir los derechos litigiosos que se hacen ceder. Luego no debe haber lugar al retiro todas las veces que se hace la cesión por una causa justa. Y cuando un heredero ó un copropietario que tiene ya de por sí una parte en el crédito litigioso adquiere las partes de sus coherederos ó copropietarios, es evidente que esta cesión se hace por causa justa, lo que es salir de la indivisión. El cesionario no puede, pues, en este caso pasar por un comprador de procesos y debe admitirse á hacer valer en toda su extensión los derechos que fueron objeto de la cesión. (1)

Esta primera excepción levanta algunas dificultades. Se ha hecho observar que en el ejemplo dado por Pothier no hay indivisión, pues los créditos se dividen de plano entre los herederos que no pueden demandar la deuda más que por la parte que poseen de ella como representantes del acreedor (art. 1,220). Debe, pues, buscarse otro motivo para justificar la excepción que los autores del Código han tomado de Pothier. Hé aquí la razón que se da. El retiro, si se admitiera, no extinguiría el proceso, pues no podría aplicarse más que á la parte del crédito que pertenece al cedente; la otra parte pertenecía al cesionario antes de la cesión en virtud del art. 1,220 y no podría seguramente ser quitado al propietario; el proceso subsistiría, pues, aun más fuerte, precisamente porque el deudor habría expropiado al cesionario del derecho que tenía adquirido. (2)

Hay otra dificultad. Hemos supuesto, con Pothier, que la cesión era hecha á un coheredero *por su coheredero*, á un copropietario *por su copropietario*. El Código no se expresa de un modo tan expícito, sólo habla del cesionario y no

1 Pothier, *De la venta*, núm. 593.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 220, núm. 148 bis II.

dice por quién fué hecha la cesión. Como no distingue ¿no debe concluirse que no hay lugar á distinguir y que, por consiguiente, la excepción es aplicable al caso en que la cesión fuera hecha al comprador por un extraño? Se contesta, y la respuesta es perentoria, que si la distinción que se hacía en el derecho antiguo no está reproducida implícitamente por el art. 1,701, se encuentra en él implícitamente. El texto supone una cesión hecha á un *copropietario* del derecho litigioso; esto implica que el cedente se considera como *copropietario* del derecho, que éste derecho está indiviso entre ellos, se supone, y que la cesión tiene por objeto poner fin á la indivisión. Pero si cedo un crédito que tengo contra una sucesión vencida á Pedro y á Pablo, á uno de los herederos la cesión no se hace ya por un *coheredero* pues ya no soy heredero; luego no se está en los términos de la excepción; por lo tanto, se vuelve á la regla: el coheredero del cesionario podrá pedir el retiro. ¿El cesionario invocará el beneficio de la excepción por el art. 1,701, 1.º? Se le contestará: ¿qué es lo que fué cedido? ¿Es un crédito común indiviso entre vos y vuestro coheredero? ¿Es á un *copropietario* á quien fué hecha la cesión? Nó, pues el cedente no es vuestro coheredero; luego no sois copropietario del derecho cedido, sois codeudor. (1)

608. El deudor de retiro cesa en segundo lugar, "cuando la cesión fué hecha á un acreedor en pago de lo que se le debe." ¿Cuál es el motivo de esta excepción? La cesión tiene una causa legítima, puesto que es una donación en pago; no puede decirse que el cesionario compra un proceso; recibe de un mal deudor un crédito litigioso porque no puede obtener otro pago. Esto supone que el acreedor no podía hacerse pagar de otro modo. Si pudiendo recibir lo que se le debe acepta un crédito litigioso, el motivo de la excep-

1 Duvergier, t. II, pág. 490, núm. 392. Marcadé, t. VI, pág. 354, núm. III del art. 1701. En sentido contrario Durantón, t. XVI, pág. 559, núm. 359. Comparease Troplong, pág. 514, núms. 1005 y 1006.

ción deja de ser, en teoría cuando menos. Esta era la opinión de Pothier; (1) pero como el Código no reproduce esta distinción hay que aplicar la ley en el sentido absoluto que tiene.

609. La tercera excepción tiene lugar en el caso en que la cesión ha sido hecha al poseedor de la herencia sujeta al crédito litigioso (art. 1,701, 3.º). Pothier da el ejemplo siguiente: El poseedor de una herencia está perseguido por un pretendido acreedor hipotecario del vendedor: compra el crédito para conservar la posesión de la herencia. Teniendo esta cesión una causa justa el cesionario podría, si fuera perseguido por el acreedor posterior, hacer valer contra ellos en toda su extensión. Pothier hace aquí también una distinción de que es inútil hablar, puesto que el Código no la ha reproducido.

610. ¿Hay otras excepciones que las previstas por el artículo 1,701? Se lee en una sentencia confirmada en apelación que, en el derecho antiguo, el retiro no se admitía en todos los casos en que había justa causa y que los autores del Código han mantenido en esta materia la jurisprudencia tradicional. (2)

La decisión así formulada es seguramente errónea. Cuando la ley establece una regla que hace á ella algunas excepciones, hay que aplicar el principio de que rige la relación de la excepción á la regla: las excepciones son siempre de estricta interpretación; desde que no se está en los términos la excepción se vuelve á la regla. Otra es la cuestión de saber á qué casos se aplica la regla. Esta cuestión el intérprete tiene el derecho y el deber de examinarla. El juez puede, pues, decidir que en tal caso el retiro no es admitido, porque la regla no se le aplica según el texto y el espíritu

1 Pothier, *De la venta*, núm. 593. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 221, número 148 bis III

2 Angérs, 14 de Julio de 1869 (Daloz, 1870, 2, 34).

de la ley. La diferencia parecerá sutil, pero no por esto es menos jurídica. Es una distinción generalmente admitida, pero su aplicación es difícil.

Pothier enseña que la regla consagrada por el art. 1,699 no es aplicable cuando el derecho litigioso es vendido por intervención del juez. Una renta por la que tengo un pleito con el deudor es licitada entre mis herederos y adjudicada á un extraño con esta cláusula: que el adjudicatario cargará con el resultado del proceso. Este adjudicatario no puede ser considerado como un odioso comprador de procesos habiendo sido invitado de alguna manera por la justicia para adquirirla. No hay compra de un proceso en el sentido de la ley, luego no hay lugar al retiro. (1)

Pothier dice también que no hay lugar al retiro cuando el derecho litigioso es el accesorio de una cosa principal no litigiosa: por ejemplo, venta de una posesión con todos los créditos que el propietario tiene contra sus arrendatarios. La cesión de los créditos tiene en este caso una justa causa, dice Pothier. Esto fuera, pues, una excepción análoga á la que el artículo 1,701 ha consagrado; así considerada la decisión de Pothier no sería admisible. ¿Pero no puede decirse que el cesionario no es un comprador de proceso y que en realidad la cesión no tiene por objeto derechos litigiosos? La Corte de Bruselas admitió la doctrina de Pothier por motivo de que el cesionario que está obligado á sostener un proceso como consecuencia de su adquisición no puede confundirse con los compradores de procesos, contra los que la disposición del artículo 1,699 ha sido promulgada. Pothier la llama una pena y no hay pena que infligir á aquel que no es culpable. (2)

Por razones análogas se sentenció que el comprador de

1 Pothier, *De la venta*, núm. 595. Compárese denegada, 20 de Julio de 1837 (*Disposición en la palabra Venta*, núm. 2031).

2 Pothier, *De la venta*, núm. 594. Bruselas, 24 de Febrero de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 60).

una herencia no está sometido al derecho de retiro si entre los objetos hereditarios hay derechos litigiosos. (1)

Se puede invocar un motivo de derecho en apoyo de esta decisión: es que el que compra una herencia no compra los objetos que la componen; no es, pues, comprador de procesos. La Corte de Lieja pronunció la misma decisión en un caso más dudoso: el cesionario había adquirido por un solo y mismo precio una cantidad de rentas entre las cuales había algunas litigiosas. La Corte sentenció que esta venta no tenía el carácter de una cesión de derechos litigiosos en el sentido del artículo 1,699. (2)



1 Lieja, 20 de Julio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 190).  
2 Lieja, 11 de Marzo de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 103).