

“Para que los Municipios puedan cobrar contribuciones de valorización en su favor, en los términos de este artículo, se requiere que la obra no fuere de aquellas que la nación ejecute financiándolas exclusivamente por medio de la contribución de valorización, sino con los fondos generales de inversión del presupuesto nacional.

Los acuerdos sobre contribución de valorización no necesitan para su validez de la aprobación expresa del respectivo gobernador. Así se fija el alcance del art. 18 de la Ley 1a. de 1.943.

También fijó este decreto el alcance de los artículos 1º a 6º del Decreto legislativo N° 868 de 1.956, al disponer la aplicación opcional para los municipios a que dicho decreto se refiere, los cuales podrán abstenerse de seguir los sistemas allí previstos para la liquidación y cobro de la contribución de valorización.

En qué momento se puede exigir el pago de la contribución de valorización?

Se puede exigir el pago, aún por medio de jurisdicción coactiva, inmediatamente quede ejecutoriada la Resolución Administrativa que la imponga, aunque las obras no se hayan realizado.

Legislación Colombiana sobre la contribución de valorización.

Leyes: 23 de 1.888, 25 de 1.921, 195 de 1.936, 113 de 1.937, 63 de 1.938, 1a. de 1.943, 88 de 1.947, 182 de 1.948, 29 de 1.963 y 4a. de 1.964. Decretos: 200 de 1.939, 693 de 1.951, 2767 de 1.953, 0868 de 1.956, 1335 de 1.959, y 1.604 de 1.966. Acuerdos Municipales: 70 de 1.946, 14 de 1.947, 76 de 1.960, 51 de 1.962, 14 de 1.963, 52 de 1.963, 3, 4, 26, 27, 37, 42 y 65 de 1.964. Decreto 300 de 1.961 y Resolución 36 de 1.964.

CONTRATOS NOMINADOS

GUILLERMO OCHOA GONZÁLEZ

CAPITULO SEGUNDO

CONTRATO DE PERMUTA

Generalidades.

89. El contrato de permuta es aquél por el cual las dos partes se obligan a transmitirse, recíprocamente, derechos que recaen sobre cosas distintas a dinero.

El artículo 1955 del Código Civil Colombiano lo define como “un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro”. Esta noción no es exacta, porque limita a los cuerpos ciertos el objeto posible de una permuta y ésta, en verdad, puede recaer también sobre cosas de género y, en general, sobre toda clase de bienes comerciables, con la sola excepción del dinero.

Pueden permutarse aún los derechos que no se radican en cosas materiales, como los créditos y las acciones que se tienen en una sociedad. El mismo código colombiano, en su artículo 1957, excluye de la permuta sólo “las cosas que no pueden venderse”. Y ya se sabe, por

lo estudiado en el número 7 de estas notas, que el objeto de la compraventa puede ser cualquier bien susceptible de ser transmitido.

Sólo la circunstancia de que una de las prestaciones que se pactan tenga el carácter de pecuniaria impide por lo general (no siempre como luego se verá) que el contrato de transmisiones recíprocas se configure conceptualmente como una permuta. Un precio en dinero suscita la noción de compraventa, a la cual pertenece como elemento tipificante y esencial. Mientras esa prestación dineraria no exista en el convenio, éste es una permuta, aunque los bienes que se cambian no tengan la calidad jurídica de cuerpos ciertos.

Por eso otros códigos, como el mejicano (artículo 2327), definen el contrato en estudio diciendo, de una manera más comprensiva, que es aquél por el cual cada una de las partes se obliga a dar "una cosa por otra".

90. Por lo expresado en el número anterior se comprende claramente que la diferencia conceptual entre la compraventa y la permuta resulta del elemento "precio en dinero", que es propio del primero de dichos contratos y que es extraño al segundo. Queda, sin embargo, por precisar a cual de los dos tipos contractuales corresponde el convenio, tan frecuente en la vida diaria, en que una de las partes se obliga a transmitir, a cambio del bien que va a recibir, otro bien de menor valor y una "encima" en dinero destinada a equilibrar las prestaciones.

El artículo 1850 del código colombiano establece, al respecto, que "cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario". Esta norma da las bases para determinar, en un momento dado, qué tipo de contrato se configura y resuelve, así, una cuestión cuyo interés es exclusivamente académico, porque, como la compraventa y la permuta tienen, según se verá después, un mismo régimen jurídico, los problemas prácticos han de tener, en cualquier caso, la misma solución.

91. En la historia del intercambio económico, la permuta fue anterior a la compraventa y fue, a la vez, la génesis de esta última. Al inventarse el dinero como medida de todos los valores, el comercio se agilizó y el primitivo trueque de unas cosas por otras se transformó en la operación más sencilla consistente en cambiarlas por su equivalente pecuniario. "La permuta (dice Jossierand) ha sido, históricamente, la engendradora de la venta, que no es más que una permuta perfeccionada, ejecutada en dos tiempos, mediante la moneda" (obra citada, Tomo II, página 120).

Con esa transformación, el contrato de permuta perdió casi toda su importancia, al ser desplazado del tráfico jurídico por el contrato de venta. Pero, aunque cedió su lugar como instrumento fundamental para el intercambio de bienes, su utilización ha perdurado y, por eso, las leyes positivas y la ciencia del derecho siguen teniéndolo en cuenta para regularlo y estudiarlo.

Régimen jurídico.

92. No hay, para la permuta, un estatuto jurídico especial. La generalidad de las legislaciones extienden a este contrato las regulaciones de la compraventa, de la cual, como es sabido, sólo la diferencia la circunstancia de que, en ella, no hay una prestación de carácter pecuniario. Esta sujeción de ambos contratos a los mismos principios está dispuesta, entre otros, en el código colombiano, artículo 1958; en el francés, artículo 1707; en el español, artículo 1541; en el alemán, artículo 515, y en el mejicano, artículo 2331.

En consecuencia: todo lo dicho en el capítulo anterior sobre clasificación de la compraventa y sobre los elementos que la estructuran (con excepción, claro está, de lo referente al precio como prestación dineraria) es aplicable a la permuta. Lo expuesto en relación con la cosa vendida vale para las cosas que se cambian. Las obligaciones del vendedor, incluyendo la garantía contra vicios jurídicos y materiales, son las mismas que tiene cada permutante. Y, en fin, la permuta, como la venta, es susceptible de pactos accesorios lícitos, inclusive de los estudiados en las últimas secciones del capítulo primero de estos apuntes.

También el concepto de lesión es aplicable a la permuta, en las mismas condiciones en que, según cada legislación, tiene operancia en la venta. De modo que, entre nosotros, sólo puede hablarse de lesión respecto de los inmuebles que se cambian y, para determinar cuando tiene lugar la desproporción que, según nuestro código, configura dicho fenómeno, el artículo 1958 da la clave al señalar que "cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio".

Así, si "A" cambia su casa, cuyo justo precio es de cien mil pesos, por la casa de "B" que vale treinta mil, sufre lesión porque paga más del doble del justo precio del bien que se le transmite.

El código francés excluye expresamente la lesión del contrato de permuta (artículo 1706). La razón, según Jossierand, es que "si ocu-

re que se vende una cosa a vil precio, por apremios de la necesidad y con el fin de proporcionarse dinero, no se cambia un bien por otro a exigencias de la necesidad, ya que nada se remediaría con ello; el motivo que se encuentra en la base de la rescisión de la venta de inmuebles, a saber, la necesidad, falla en este caso" (obra citada, Tomo II, página 121).

CAPITULO TERCERO

CESION DE DERECHOS

Contenido de este capítulo.

93. Este capítulo comprende tres temas diferentes, a saber: I. Cesión de créditos. II. Cesión del derecho de herencia. III. Cesión de derechos litigiosos. Se estudiarán en el orden en que se han enunciado.

TEMA I: CESION DE CREDITOS

Ideas previas.

94. La circunstancia de que la cesión de créditos se estudie en estos apuntes, que fundamentalmente se dirigen al desarrollo de los temas relativos a los contratos civiles, no quiere decir que dicha figura jurídica sea un contrato o acuerdo de voluntades generador de obligaciones. Por el contrario: la cesión o transmisión de un crédito es una convención que extingue o ejecuta las obligaciones creadas por un título anterior que, en la mayor parte de las veces, será un contrato, uno cualquiera de los "contratos de transmisión" que son posibles en el comercio y los más importantes de los cuales (los que tienen la calidad de nominados) son materia de examen en estas notas.

En otras palabras: los créditos (derechos personales considerados en su aspecto activo) son bienes patrimoniales, comerciables por lo general y, por lo mismo, susceptibles de actos encaminados a traspasarlos al patrimonio de persona distinta del acreedor. Un crédito, para citar ejemplos, puede venderse o permutarse, donarse, aportarse a una sociedad o darse como precio de una renta vitalicia. Pero el contrato de transmisión que se celebre sobre él no es suficiente, por sí solo, para transferirlo al adquirente. Al menos en sistemas jurídicos como

el nuestro, se requiere un segundo negocio, un negocio dispositivo que ejecute el compromiso anterior mediante el traspaso o tradición del derecho. Por eso el artículo 761 del código colombiano habla de "la tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro", para disponer que ella se hace en la forma que, precisamente, va a estudiarse en el presente capítulo. De suerte que la cesión de créditos es propiamente un "modo", una forma de tradición. Como tal, su estudio encuadraría más lógicamente en el tratado de los bienes, parte del cual son los principios relativos a las distintas maneras de traspasar los derechos. Pero, como se explicó en la sección introductoria, los programas universitarios, siguiendo en eso el orden del Código Civil Colombiano, ubican la cesión en el curso de contratos civiles, que constituye la materia en examen, y ello explica su inclusión en estos apuntes.

95. Los principios de que se tratará en las siguientes líneas rigen, en Colombia, la cesión de los créditos civiles y, por disposición del artículo 254 del Código de Comercio Terrestre, se aplican también, en general, a la cesión de los créditos mercantiles, con excepción de los llamados instrumentos negociables (letras de cambio, pagarés, etc.), que tienen su estatuto jurídico propio (ley 46 de 1923), que reglamenta su transmisión y que es objeto de estudio en una cátedra especial.

Formalidades de la cesión.

96. La transmisión o tradición de un crédito, según los artículos 1959 (reemplazado por el artículo 33 de la ley 57 de 1887) y 1961 de nuestro código civil, se cumple mediante la entrega del título en que consta, el cual "llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente". A falta de documento, "la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario" y, en este caso, la notificación al deudor, de la cual se hablará más adelante, debe hacerse con exhibición del documento otorgado.

Con esta primera formalidad el negocio queda perfecto entre el cedente y el cesionario. El crédito se desplaza del patrimonio del primero al del segundo y éste sustituye a aquél como sujeto activo de la relación obligatoria que da origen al derecho transmitido.

Pero los efectos de la cesión no sobrepasan todavía el ámbito de las relaciones entre las partes. No alcanzan a otras personas a las cuales el acto no es indiferente, como el deudor, a quien obviamente interesa conocer la persona en cuyo beneficio ha de cumplir la prestación debida, y como los acreedores del cedente y del cesionario, para quie-

nes el crédito es elemento integrante de la prenda general que respalda sus acreencias.

En otros términos: a estas personas la cesión les es aún inoponible. Para ellas sigue vigente la situación anterior y, en consecuencia, como dice el artículo 1963 del código, "se considerará existir el crédito en manos del cedente", de manera que puede ser embargado por los acreedores del mismo y es válido el pago que a él haga el deudor de la prestación debida.

Se hace, entonces, necesaria una formalidad más que tiene por fin dar publicidad a la transmisión del crédito, para que ella tenga eficacia "erga omnes" y pueda oponerse al deudor y a los terceros. Esta segunda formalidad es la notificación de la cesión al deudor o, en su defecto, la aceptación que éste haga de la misma (artículo 1960 del código).

La notificación es el aviso que el cesionario da al deudor para enterarlo de que él es el nuevo titular del derecho. Debe hacerse con exhibición, según el caso, del título en que consta el crédito, con su nota de cesión, o del documento otorgado por el cedente. La notificación no es solemne. Puede emp'earse, para ella, cualquier medio idóneo, si bien la conveniencia de asegurar la posibilidad de su demostración hace aconsejable el conducto judicial. La notificación se excusa cuando el deudor acepta espontáneamente la cesión, bien mediante una manifestación expresa en tal sentido, bien en forma tácita mediante una conducta que revele su conformidad con el cambio de acreedor, como cuando paga al cesionario alguna parte de la deuda, o le reconoce intereses, o le pide prórroga del plazo.

97. Los efectos de la notificación y los de la aceptación son los mismos en cuanto hacen oponible la cesión al deudor y a los terceros. Pero la aceptación, como acto voluntario que es, acarrea al deudor una consecuencia especial que no se produce cuando simplemente es notificado de la transmisión del crédito. Esa consecuencia, que consiste en el recorte de su derecho a que se extinga por compensación su obligación frente al cesionario, está establecida en el artículo 1718 del código.

En efecto: según dicho texto, "el deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente. Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente aún cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación".

Cómo se traspasa el crédito.

98. Cumplida la cesión, el crédito se traslada al patrimonio del cesionario "en toda su realidad", es decir, con todos los atributos que le son propios y con todas las garantías que amparan su efectividad. Así, si es privilegiado, se transmite con el privilegio, de manera que el cesionario, en caso de concurrencia de acreedores, ha de tener para el pago la misma preferencia de que gozaba el cedente. Si está caucionado con fianza, prenda o hipoteca, estas seguridades lo siguen respaldando en cabeza de su nuevo titular.

Pero, si la cesión comprende las cualidades del crédito y sus accesorios, no incluye ciertas ventajas o prerrogativas inherentes, no al derecho mismo, sino a la persona del cedente. Si éste, por ejemplo, es un incapaz en cuyo favor se suspende la prescripción extintiva según los artículos 2530 y 2541 del código, este beneficio no pasa al cesionario que es persona capaz. Esto es lo que advierte el artículo 1964 de nuestro estatuto cuando dice que la cesión "no traspasa las excepciones personales del cedente".

Cabe anotar, a propósito, que la expresión "excepciones personales" que emplea el legislador colombiano ha sido censurada por incorrecta, ya que la excepción (institución del derecho procesal) tiene su sentido propio de medio de defensa que un demandado puede oponer en juicio. Más adecuadamente se expresa el código mejicano (artículo 2032), cuando dice que la cesión no comprende aquellos "derechos" que son inseparables de la persona del cedente.

Responsabilidad del cedente.

99. Cuando la cesión de créditos se fundamenta en un título oneroso (compraventa o permuta por ejemplo), el cedente asume ante el cesionario la garantía de la titularidad del derecho, es decir, le responde de que no es ajeno, de que realmente le pertenece al tiempo de la transmisión (artículo 1965 del código). Esta responsabilidad, que no es más que una obligación de saneamiento para el caso de evicción, no existe cuando se trata de cesiones gratuitas (donaciones de créditos). Ello se explica porque, según principio general que rige las donaciones entre vivos (artículo 1479), la acción de saneamiento está excluida de estos actos gratuitos.

El cedente "no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente,

salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa" (artículo 1965).

Podría pensarse, en relación con la disposición que se ha transcrito, que sólo la garantía de la solvencia futura, la que se refiere al momento en que el crédito ha de hacerse exigible, tiene interés para el cesionario. Mas, si se considera que la notoria insolvencia del deudor es una de las circunstancias que permiten reclamar el pago antes de cumplirse el término de la obligación (artículo 1553 del código), se comprende que la garantía de la solvencia presente no es inoficiosa, pues ella faculta al cesionario para que, en vista de la incapacidad económica del deudor, cobre al cedente invocando la caducidad del plazo.

Cuando el cedente garantiza la solvencia del deudor, se convierte en fiador de éste y su obligación se rige por los principios que se estudiarán al tratar del contrato de fianza.

La cesión de créditos en otras legislaciones.

100. El estudio de la cesión de créditos en el derecho comparado revela que en las distintas legislaciones dicha institución se rige, en general, por los principios que se han expuesto y que la gobiernan en el derecho colombiano. Pueden verse al respecto, entre otros, los códigos alemán (artículos 398 y siguientes), mejicano (artículos 2029 y siguientes), español (artículos 1526 y siguientes) e italiano (artículos 1262 y siguientes).

Existen, sin embargo, diferencias interesantes. En Alemania, por ejemplo, la cesión no impone al cedente la garantía de la existencia y titularidad del derecho. Y en Méjico (que supera en esto la técnica de nuestro sistema), la oponibilidad a los terceros depende de circunstancias distintas de la notificación al deudor o de la aceptación del mismo, ya que, de acuerdo con el artículo 2034 del código de este país, la transmisión de créditos que no sean a la orden o al portador no produce efectos contra terceros sino desde que su fecha debe tenerse como cierta, es decir, desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse. O desde la fecha de la escritura pública, si se hace por este medio. O, si se trata de un documento privado, desde que se incorpore o inscriba en un registro público, desde que muera cualquiera de sus firmantes o desde que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio.

La cesión de créditos y otras figuras afines.

101. La cesión de créditos produce el efecto de sustituir el acreedor o sujeto activo de la relación obligatoria. Pero, como este resultado es también propio de la novación subjetiva por cambio de acreedor y de la subrogación, es de interés establecer las diferencias que separan la cesión de estos otros fenómenos jurídicos.

102. La novación, en todas sus formas, es una convención a la vez extintiva y creadora. Pone fin a una obligación existente, y, en su lugar, genera otra íntegramente nueva. La novación es, precisamente, un rezago de antiguas creencias que consideraban imposible que el derecho personal subsistiera sin los mismos elementos que le eran propios desde su nacimiento. En la variación de cualquiera de ellos (acreedor, deudor, objeto) se veía un motivo de extinción y, como no podía desconocerse el vínculo jurídico que, a pesar del cambio, ligaba a las partes, se le miraba como una obligación nueva y distinta.

En esto radica la distinción fundamental entre la novación subjetiva por cambio de acreedor y la cesión de créditos. Mientras en la primera la sustitución del sujeto activo pone término a la obligación preexistente, con la consecuencia de que las garantías que la amparan desaparecen, a menos que su constituyente convenga en mantenerlas, en la segunda esa sustitución es un mero accidente que no impide la supervivencia de la relación obligatoria. Esta sufre la variación de uno de sus elementos, pero, a pesar de ello, perdura con la plenitud de sus atributos y sin ningún perjuicio de las seguridades personales o reales que caucionan el cumplimiento de la deuda. Ya se vio (número 98) como el crédito se traspassa al cesionario con todas las cualidades que le son inherentes y con todos los accesorios que lo acompañan.

Por otra parte, la novación por cambio de acreedor, como lo apunta la jurisprudencia colombiana, no puede hacerse sin intervención del deudor, ya que es un acto generador de obligaciones nuevas. La cesión de un crédito, por el contrario, no requiere la conformidad de la persona obligada a la prestación y, como ya se sabe, sólo para efectos de su oponibilidad es menester que se le dé la debida información.

103. El pago con subrogación (como lo enseña la teoría general de las obligaciones) es un pago que efectúa una persona distinta del deudor y que tiene la peculiaridad de que sólo extingue la obligación relativamente al acreedor que recibe, pues el vínculo jurídico sigue vigente entre el deudor y el tercero que paga, el cual entra a ocupar el lugar del sujeto activo desplazado y se hace titular del crédito en

las mismas condiciones y con los mismos derechos y garantías de que gozaba el acreedor primitivo.

Coinciden, pues, la subrogación y la cesión de créditos en que ambas dan lugar a la sustitución del acreedor, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación, y en que, tanto en virtud de la primera como con ocasión de la segunda, el crédito pasa al patrimonio del nuevo titular con todas sus cualidades y ventajas y con todas las seguridades que lo respaldan. Pero, a pesar de esta importante semejanza, es fácil diferenciar por varios aspectos estas dos figuras jurídicas.

Ante todo, la subrogación puede tener origen tanto en la convención como en la ley (ver artículos 1667 a 1669 del código colombiano), en tanto que la cesión de créditos es un fenómeno de exclusivo carácter convencional.

De otro lado, la subrogación, cuando es legal, no está sujeta a formalidad ninguna. Se produce automáticamente por el hecho de que el tercero pague al acreedor. Sólo cuando es voluntaria (caso en el cual, por lo demás, sigue las mismas reglas de la cesión de créditos) debe hacerse, por exigencia de la ley, en la carta de pago. La cesión de créditos, en cambio, tiene sus formas propias, tanto para su perfección entre las partes (debe entregarse el título con nota de traspaso u otorgarse un documento si no hay título anterior) como para su oponibilidad al deudor y a terceros (debe notificarse a la persona obligada o ser aceptada por ésta expresa o tácitamente).

Además, el pago con subrogación no es un acto de especulación. No permite obtener una ganancia o utilidad. El tercero se convierte en acreedor por el monto de la suma pagada y sólo esa misma suma puede después cobrar al deudor. Si el pago es apenas parcial, la subrogación es también parcial y el acreedor primitivo conserva su calidad en relación con la parte insoluta e, inclusive, disfruta de preferencia sobre el tercero subrogado (ver artículo 1670 del código colombiano). La subrogación no es más que un acto de justicia encaminado a evitar que el tercero se empobrezca en beneficio del deudor por quien paga. La cesión de créditos, por el contrario, sí es un negocio especulativo. El crédito es un bien como cualquiera, susceptible de tasación en el juego de la oferta y la demanda y quien lo adquiere obra con el ánimo de ganar en la operación. El crédito tiene un valor comercial, que puede ser inferior al nominal y que depende de circunstancias diversas, tales como las garantías que lo respaldan y la solvencia y buen nombre del deudor.

TEMA II: CESION DEL DERECHO DE HERENCIA

Noción preliminar.

104. Cuando una persona muere, sus derechos y obligaciones transmisibles pasan a quienes, estando llamados a sucederle por la ley o el testamento, aceptan sus correspondientes asignaciones. Es el fenómeno de la sucesión por causa de muerte, que el artículo 673 de nuestro código civil enumera entre los modos de adquirir el dominio.

La sucesión por causa de muerte puede ser a título universal o a título singular. En virtud de la primera, “se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto”. Por la segunda, “se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa, o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo” (ver artículo 1008 de la misma obra). La asignación a título universal se llama herencia y el asignatario heredero. La asignación a título singular se llama legado y el asignatario legatario.

Hasta que la distribución de los bienes herenciales lo haga propietario de los que se le adjudiquen, el heredero es titular del llamado derecho de herencia, que es de naturaleza universal, porque no recae sobre determinados bienes concretos, sino que constituye una participación en una universalidad jurídica (el patrimonio del causante) compuesta de derechos y obligaciones.

Ese derecho de herencia es un bien patrimonial, comerciable y susceptible, por lo mismo, de ser transmitido a cualquier título oneroso o gratuito (venta, donación, etc.).

De modo que, cuando en estos párrafos se habla de la “cesión del derecho de herencia”, no se alude a un contrato determinado que tenga este nombre, sino, en general, a las transferencias que se produzcan en virtud de cualquier contrato de transmisión, para las cuales nuestro legislador ha consagrado algunas reglas especiales en el capítulo 2º del título 25, libro cuarto del código civil.

105. Tradicionalmente se consideró que los contratos onerosos celebrados con miras a la adquisición del derecho de herencia tenían siempre el carácter de aleatorios. Los fundamentos de esta opinión (hoy rectificadas), están expuestos en el siguiente aparte de una providencia de nuestra Corte Suprema:

“La ley limita la responsabilidad del cedente a la mera calidad de heredero (art. 1967, C. C.), de manera que más allá de este elemento

esencial no existe ninguna obligación del cedente en relación con el resultado patrimonial definitivo de la cesión pendiente, además de diversos factores influyentes en la economía del contrato que no pueden determinarse previamente y de manera precisa en el momento de su celebración. Esta peculiaridad de este contrato, debida a la ley, a la naturaleza del derecho que le sirve de objeto a la cesión, lo coloca dentro de la clasificación de los aleatorios definidos en el art. 1438 (sic) del C. C., en los cuales no es posible predeterminar los resultados de la convención en el momento en que se celebra.....". (Cas., 11 marzo 1942, LIII, 114).

Hoy se acepta que los contratos en referencia no son necesariamente aleatorios, que no implican fatalmente una contingencia de ganar o perder que sólo pueda despejarse al momento de la partición. Así lo reconoce la misma Corte Suprema cuando expresa, modificando su doctrina anterior:

"No se puede sostener de manera absoluta que la venta de derechos hereditarios sea siempre de carácter aleatorio. Cuando al momento de efectuarse la cesión se conoce de manera cierta por los contratantes la cuantía del activo y del pasivo de la sucesión, y el número y calidad de los herederos, el objeto vendido no es cosa que quede sometida totalmente al azar de una pérdida o ganancia. La prestación en este caso no depende de un acontecimiento incierto que haga imposible su justiprecio al momento del contrato. Puede ocurrir, por ejemplo, que la cesión se efectúe después de practicados los inventarios y avalúos cuando ya se han fijado precisamente los elementos integrantes del patrimonio herencial y los valores de los bienes relictos. En este caso la venta de los derechos herenciales no tendrá carácter aleatorio" (Sent., 3 agosto, 1954, LXXVIII, 233).

Esta rectificación ha permitido someter los contratos de compra-venta y permuta del derecho de herencia a los principios sobre lesión enorme (fenómeno exclusivo de contratos de índole conmutativa) cuando, en relación con los inmuebles que total o parcialmente constituyan la masa hereditaria, se presenten las desproporciones estudiadas en el capítulo primero (ver número 60 de estos apuntes). De modo que, si vendo por cincuenta mil pesos mi derecho de herencia, cuando ésta está integrada únicamente por bienes raíces que valen doscientos mil pesos, sufro lesión. Y lo propio me ocurre si, al fijar el precio total del derecho que vendo, se estima en veinte mil pesos el único inmueble sucesoral, cuyo valor real son cincuenta mil pesos. Sobre este punto ha opinado la Corte lo siguiente:

"Cuando la venta de derechos hereditarios no tenga carácter aleatorio sino conmutativo, será entonces procedente la acción rescisoria al existir lesión enorme, si los derechos cedidos valieren al tiempo del contrato más de la mitad (sic) de su justo precio. Y, además, el patrimonio herencial está representado sólo en bienes inmuebles, o si siendo muebles e inmuebles los bienes de la sucesión, la lesión aparezca teniendo en cuenta sólo el valor de los bienes raíces" (Sent., 3 agosto 1954, LXXVIII).

Responsabilidad del cedente.

106. Cuando la transmisión del derecho de herencia se realiza a título oneroso, el cedente responde de la titularidad del derecho, o lo que es lo mismo, de su calidad de heredero. Igual responsabilidad tiene, en el mismo caso, quien transmite su derecho como legatario (artículo 1967 del código colombiano). No ocurre lo mismo si la cesión es gratuita, en razón del principio ya conocido que exonera al donante de responder por la evicción que sufra el donatario (ver número 99 de estas notas).

Esta es la única responsabilidad que, en virtud de la ley, tiene el cedente, a no ser que señale o especifique los efectos de que se compone la herencia, porque entonces la especificación tiene el sentido de una garantía de que el cesionario recibirá los bienes indicados. Así lo entiende nuestra jurisprudencia, para la cual, en palabras de la Corte Suprema, "la herencia puede cederse contractualmente como una universalidad comprensiva de especies determinadas, cuando el cedente especifica detalladamente los efectos de que se compone la herencia, lo cual equivale a ceder determinadamente los bienes que se enumeran con todas las consecuencias que a un acto semejante señalan las reglas generales, tales como responder de la entrega de cada una de las cosas....." (Cas., 11 marzo de 1942, LIII, 114).

Contenido de la cesión.

107. Se ha sostenido que la cesión del derecho de herencia no traspasa al cesionario la calidad de heredero (la cual se considera personal e intransmisible), sino el "emolumento" anexo a la misma, es decir, su contenido económico constituido por la participación que cabe al cedente en el patrimonio herencial, con todos sus derechos y obligaciones. Sin pretender desentrañar, ya que se trata de un tema del derecho sucesorio, qué sentido puede tener el título de heredero

separadamente de su significado patrimonial, se hará el comentario del caso sobre la extensión del bien que se transfiere.

El cesionario entra a ser copartícipe, por activa y por pasiva, del patrimonio herencial, en la medida en que se le transmite el derecho, y, consecuentemente, se hace acreedor a que en la partición de los bienes se le adjudique una parte proporcional de éstos. Correlativamente, ha de soportar la cuota que le quepa de las deudas hereditarias. Salvo reserva expresa, sus prerrogativas y cargas, en el orden económico, son las mismas que, desde la apertura de la sucesión, correspondían al cedente, por lo cual, si éste, antes de la transmisión, ha derivado provechos de la herencia o ha hecho erogaciones por razón de ella, deben hacerse las correspondientes restituciones, como lo dispone el artículo 1968 de nuestro código civil en los siguientes términos:

“Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos o percibido créditos, o vendido efectos hereditarios, será obligado a reembolsar su valor al cesionario.

“El cesionario por su parte será obligado a indemnizar al cedente de los costos necesarios o prudenciales que haya hecho el cedente en razón de la herencia.

“Cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa.

“Se aplicarán las mismas reglas al legatario”.

Como se ve, entre nosotros la cesión comprende inclusive, a menos que se convenga lo contrario, el derecho de acrecer, es decir, aquél en cuya virtud, cuando una herencia o legado se destina a dos o más asignatarios y uno de éstos falta, su porción debe juntarse a las porciones de los otros. Sigue, así, el código colombiano las viejas teorías que veían en el acrecimiento un fenómeno semejante a la accesión y que han sido rebatidas por la moderna doctrina extranjera, para la cual la cesión sólo incluye los derechos hereditarios ya deferidos al cedente al momento del contrato y, por ende, no comprende las porciones que se le defieran después.

TEMA III: CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS.

Consideraciones generales.

108. Es de diaria ocurrencia que sobre la existencia, la titularidad o el contenido de un derecho se presenten controversias entre los

individuos (alguien exige el pago de un crédito y el presunto deudor niega la obligación. Un poseedor se da por dueño de un bien y otra persona le disputa el dominio. Dos propietarios colindantes discrepan sobre la línea que divide sus predios). Cuando esta situación tiene lugar, se dice que el derecho discutido es un derecho litigioso.

El Código Civil Colombiano, al tratar, en sus artículos 1969 a 1972, de la cesión de los derechos litigiosos, parece que considera como tales solamente a aquéllos que son materia de un debate judicial. Pero la doctrina y la jurisprudencia han aclarado este punto, precisando, con la Corte Suprema, que “para que un derecho tenga la calidad de litigioso basta que sea controvertido en todo o en parte, aún sin que sobre él se haya promovido jurisdiccionalmente un pleito mediante el ejercicio de la acción respectiva”. (Sent., S. de N. G., 29 septiembre 1947, LXIII, 468).

De manera que es litigioso, en general, el derecho que se discute, sea judicialmente, sea ante un tribunal de árbitros particulares (ver contrato de compromiso en la parte quinta de estos apuntes), sea en forma privada entre las partes.

El derecho litigioso, aunque sujeto a la incertidumbre que resulta del conflicto, la cual afecta notablemente su interés comercial, es un bien patrimonial que puede transmitirse a cualquier título (venta, permuta, donación, etc.). Cuando su transmisión se fundamenta en un contrato oneroso, es eminentemente aleatoria, pues, como es imposible anticipar el resultado de la controversia, no hay modo de saber si, a la postre, las partes (el adquirente sobre todo) reportarán provecho o pérdida. Como lo expresa muy acertadamente el artículo 1969 de nuestro código, el objeto directo de una negociación de esta clase es “el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente”.

109. Se ha considerado, con razón, que un contrato sobre un derecho litigioso requiere la misma solemnidad a que estaría sometido si tuviera por objeto directo la cosa sobre la cual recae el derecho. De modo que, por ejemplo, la venta de un derecho litigioso sobre un inmueble debe hacerse por escritura pública y lo mismo su donación y su permuta.

También se ha advertido la necesidad de cumplir formalidades que hagan la transmisión oponible a terceras personas y, particularmente, a quien sostiene la controversia con el cedente. Si ya existe un litigio judicial, el cesionario debe, según la jurisprudencia, comparecer al juicio a pedir que se le tenga como parte o, al menos, exhibir el título de la cesión y solicitar al juez que notifique su adquisi-

ción al otro litigante. Si del conflicto conoce un tribunal de árbitros particulares, ante éste debe surtirse un trámite semejante. Y, en fin, si la diferencia se sostiene privadamente entre los interesados, debe procederse de manera semejante a la prevista para la cesión de créditos, es decir, debe notificarse el traspaso del derecho a la persona que lo discute con el cedente, a menos que se cuente con su aceptación expresa o tácita.

110. La transmisión de derechos litigiosos, que según se ha visto recae sobre la simple eventualidad de una controversia y es legalmente válida, debe distinguirse de la enajenación de "especies cuya propiedad se litiga", la cual tiene por objeto directo la cosa que sirve de soporte material al derecho en disputa. Esta última, cuando el conflicto está ya sometido al conocimiento judicial, adolece, según nuestra legislación, de objeto ilícito y es, por tanto, absolutamente nula, a menos que se efectúe con el permiso del juez que conoce del litigio, de acuerdo con el artículo 1521, ordinal 4º, del código civil.

Este régimen diferencial sobre enajenación de derechos y de cosas en litigio no existe en otras legislaciones. En el código mejicano, por ejemplo, el artículo 2272 dispone que "la venta de cosas o derechos litigiosos no está prohibida; pero el vendedor que no declare la circunstancia de hallarse la cosa en litigio, es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción, quedando, además, sujeto a las penas respectivas".

El retracto litigioso.

111. Cuando hay controversia judicial y una de las partes cede su derecho litigioso, el otro litigante puede poner término al pleito reembolsando al cesionario la cantidad que éste ha pagado al cedente. Para este efecto, se entiende que el derecho es litigioso desde que se notifica judicialmente el auto que admite la demanda, como lo establece el artículo 1969 de nuestro código civil, en armonía con las reglas adjetivas que determinan el momento en que se entiende enablado el proceso.

Esta facultad da lugar al llamado retracto litigioso, consagrado por el legislador, no sólo para proteger el interés individual de la parte que lo ejercita, sino, además, para satisfacer el interés social que existe en eliminar los litigios con todo su cortejo de malas consecuencias (enemistades, empobrecimiento, etc.) y en refrenar la actividad de quienes especulan con los pleitos ajenos, comprándolos a bajo

precio para lucrarse con el provecho que puede resultarles de una sentencia favorable.

El retracto ha sido justamente considerado como "un caso sui generis de expropiación por causa de utilidad privada e interés social" (palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia), en la cual la indemnización es la suma que paga el retrayente al cesionario. Tal expropiación radica en cabeza del primero los derechos litigiosos de las dos partes que sostienen el pleito, y, con ello, las pretensiones opuestas se extinguen por confusión.

112. En Colombia, el retracto exige el reembolso, al cesionario del derecho, de lo que éste ha pagado por él, más los intereses legales desde la fecha en que se haya dado noticia de la cesión al retrayente, y puede ejercitarse hasta nueve días después de la notificación del auto que ordena ejecutar la sentencia (artículos 1971 y 1972 del código). No puede hacerse valer en los casos siguientes, en los cuales no operan las razones que movieron a su consagración legislativa:

a) Cuando la cesión es enteramente gratuita (donación del derecho litigioso), ya que un negocio de esta clase no es un acto de especulación.

b) Cuando la cesión se efectúa por ministerio de la justicia (venta forzosa del derecho para pagar a los acreedores del litigante). En este evento, la intervención del juez, la fijación pericial del precio y el objeto mismo de la enajenación hacen de ésta un acto serio cuya neutralización no parece necesaria.

c) Cuando la cesión va comprendida en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión. El propietario de una finca, por ejemplo, controvierte judicialmente la necesidad de una servidumbre de tránsito en beneficio de la misma y a través del fundo vecino. Pendiente el litigio, vende el inmueble. Como la servidumbre es inseparable del predio, el comprador, con el dominio del bien raíz, adquiere el derecho del vendedor en el pleito encaminado a obtener su reconocimiento. Es claro que un negocio como éste tiene por objeto directo la propiedad de la finca, no el derecho litigioso, el cual sólo por su calidad de accesorio queda comprendido en él.

d) Cuando la cesión se hace a un coheredero o copropietario por un coheredero o copropietario, de un derecho que es común a los dos. Es el caso de un comunero que sostiene, como demandado, un juicio

reivindicatorio, entablado por un tercero, sobre su cuota de mitad en en el dominio de un bien y que, antes de decidirse el pleito, vende el derecho litigioso a su condómino. Es dable suponer que, en esta hipótesis, el comprador busca un fin serio. Que, más que especular con el posible resultado del litigio, pretende unificar en su patrimonio un derecho del cual ya es parcialmente titular.

e) Cuando la cesión se hace a un acreedor en pago de lo que le debe el cedente (dación en pago del derecho litigioso). En este caso, la transmisión se hace para cumplir obligaciones y este objetivo, no solamente corresponde a una justa aspiración del acreedor cesionario, sino que además satisface una exigencia del orden social.

f) Cuando la cesión se hace al que goza de un inmueble como poseedor de buena fe, usufructuario o arrendatario, si el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble. Sirva de ejemplo el de un usufructuario que compra el derecho litigioso que tiene un poseedor indeseable en un juicio de dominio, con el ánimo, no de especular con el pleito, sino de procurar el tranquilo ejercicio de su usufructo.

EL MODERNO PROCESO CIVIL Y LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO COLOMBIANO

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA
Profesor de la Universidad Libre de
Bogotá, Colombia

INDICE

1. El concepto privatista clásico del proceso civil está definitivamente archivado.
2. Facultades del juez en relación con la admisión o el rechazo de la demanda.
 - a) Rechazo oficioso de la demanda por ininteligibilidad de las peticiones o pretensiones o por ser contradictorias.
 - b) Rechazo oficioso de la demanda, por indebida acumulación de pretensiones o subjetiva de personas demandantes o demandadas.
 - c) Rechazo oficioso de la demanda por haberse escogido el procedimiento que no le corresponde.
 - d) Rechazo oficioso de la demanda por indebida representación o falta de prueba de la representación de alguna de las partes.
 - e) Rechazo oficioso de la demanda, cuando se trate de una acción especial que haya caducado.