

El Derecho de Retracto y su desarrollo procesal

Jorge Enrique Pradilla Ardila

EL DERECHO DE RETRACTO Y SU DESARROLLO PROCESAL

AUTOR: Jorge Enrique Pradilla Ardila

DIRECCIÓN: jpradilla5@unab.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 20 de 2008

RESUMEN: En el desarrollo procesal deben considerarse dos eventos: el primero sucede antes de acudir al estrado judicial, el segundo se predica cuando existe el proceso, es decir una vez se haya trabado legalmente la relación jurídico procesal con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, porque ahí es cuando el legislador entra a regular el denominado por la doctrina "derecho de retracto" en pro del deudor.

PALABRAS CLAVE: Mecanismo legal, titular de derecho de contenido económico, cedente, adquirente, Código civil, derecho de retracto.

ABSTRACT: In the procedural development they must be considered to be two events: the first one happens before coming to the judicial drawing-room, the second one the process is preached when it exists, that is to say once the relation has been united legally juridically procedural by the notification of the car admisorio of the demand to the defendant, because there it is when the legislator begins to regulate named by the doctrine "right of repurchase" in favor of the debtor.

KEY WORDS: Legal, titular Mechanism of right of economic content, transferor, acquirer, civil Código, right of repurchase.

El Derecho de Retracto y su desarrollo procesal

Jorge Enrique Pradilla Ardila¹

E

n tratándose de la cesión de derechos litigiosos el legislador fue consciente de que toda persona, titular de un patrimonio, en su haber tiene un derecho sea real o personal (artículo 2488 Código Civil).

Por ello, previó el mecanismo legal para que pudiera, disponer del mismo, indiscutiblemente, ese derecho debe ser de contenido económico.

Precisamente esa vía fue regulada en el Libro 4º, Título 25, Capítulo III, Artículos 1.969 a 1.972 del Código Civil.

Dos son los eventos que deben tomarse en cuenta para ese propósito, esto es cuando el titular de derecho de contenido económico, quiera disponer del mismo.

El primer evento sucede antes de acudirse al estrado judicial, como en efecto se deduce de lo dispuesto por el inciso 1º del artículo primeramente citado: “Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente”.

El cedente será entonces el titular del respectivo derecho; el cesionario será el tercero que lo adquiere a título oneroso (compraventa, permuta, o dación en pago), o gratuito (donación).

El tercero adquirente (cesionario) será entonces el titular de ese derecho litigioso, quien podrá de manera extrajudicial solucionar con el deudor el litigio.

¹Magistrado Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala civil y familia, profesor Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Para dicho fin, como no existe norma alguna que regule el tema de la notificación de la cesión extrajudicial del derecho litigioso, nada impide acudir a los preceptos de que tratan los artículos 1.960, 1.961 y 1.962 del Código Civil, como consecuencia de la analogía de que trata el artículo 8º de la ley 153 de 1887. Como no existe forma única para enterar al deudor, todas son viables, como serían las siguientes, por vía de ejemplo:

1ª De manera directa, esto es enterando el cesionario al deudor.

2ª A través de la participación de un notario, quien hará comparecer al deudor y extenderá un acta pública, en la cual hará constar que el tercerista adquirió el derecho litigioso, según el documento original en el cual conste esa enajenación, el cual llevará la firma del cedente y el nombre de dicho cesionario. (Art. 1.961 C.C.).

3ª Con la participación de un Juez Civil o Promiscuo Municipal, como diligencia extraprocesal, quien hará comparecer al deudor y le pondrá de presente el aludido documento para comunicarle quien es el titular del derecho litigioso. (Numeral 2º del artículo 18 del C. de P. C.).

4ª. Mediante comunicación postal con envío de una fotocopia del documento contentivo de la cesión del derecho litigioso, al deudor y este lo acepta.

Lo importante es que el deudor se entere quien es el titular del derecho litigioso, pudiendo incluso saberlo porque se lo comunicó el inicial titular del derecho litigioso, o bien fue enterado por terceros y lo admitió como tal (al cesionario).

Como estamos en la fase extrajudicial, es decir aún no existe el proceso propiamente hablando, el cesionario puede proponerle al deudor que le pague una suma de dinero, o le entregue un bien distinto, por mayor valor de lo que aquél dio por la adquisición del derecho litigioso, si éste (el deudor) acepta, no puede entonces posteriormente plantear, así sea por vía de una demanda en un proceso ordinario que únicamente estaba obligado a pagar el valor pactado entre el cedente y el cesionario por la enajenación del derecho litigioso.

Es cierto y así lo resalta la doctrina nacional, el legislador desde antaño no ha visto con buenos ojos a los “adquirentes de pleitos”, pero, como se advirtió *ab initio*, toda persona puede disponer de sus derechos de contenido patrimonial a menos que la ley lo prohíba, o que se lesione el interés legítimo de terceras personas en cuyo evento procede la rescisión de ese negocio

jurídico por vía del ejercicio de la acción pauliana (artículos 15 y 2.491 del Código Civil).

Pero, reitero, en esa fase extrajudicial, la ley nada regula para imponer límites a la negociación del derecho litigioso.

Cuestión diferente se predica cuando existe el proceso, es decir una vez se haya trabado legalmente la relación jurídico procesal con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado (o a todos los demandados cuando existe el litisconsorcio necesario), porque ahí es cuando el legislador entra a regular el denominado por la doctrina “derecho de retracto” en pro del deudor.

Precisamente dispone el inciso 2º artículo 1.969 ibídem que: “Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda”.

Debe advertirse que la demanda no se notifica, es el auto que la admite; y, a quien se le notifica es al demandado, no al demandante, para efectos de considerar que el derecho asume el carácter de litigioso.

Como se anotó, el legislador no ve con buenos ojos a los “compra pleitos”, así peyorativamente tratados; pero cuando el demandante (o el demandado en reconvencción) se ve compelido en la gran mayoría de las veces a “negociar” o enajenar su derecho en litigio o disputa judicial, por la suma de dinero que le ofrezcan, porque su necesidad es apremiante simplemente se limitó a regular la forma de su disposición (desde luego no debe ser así, pero en Colombia no existe verdadero interés en que se cumpla con el postulado de pronta y cumplida justicia).

Pero, esto data de tiempo atrás, como en efecto lo resalta el Doctor Fernando Hinestrosa Forero:

“Ahora bien, en cuanto se refiere a las relaciones entre el deudor demandado y el cesionario, y más precisamente, a los alcances de la obligación de aquel para con este, el código civil consagra el beneficio denominado de retracto de derecho litigioso o, elípticamente, retracto litigioso, originado en las *leyes Per diversas* (C.,4,35,22) y *ab Anastasio* (C.,4,35,23), y entendido como 'el derecho concedido por las leyes al deudor de deuda litigiosa', fundando en que desde el derecho romano 'los compradores de pleitos han

sido tenidos como expoliadores, *emptores litium fortunis alienis inhiantes*' 156, para de ese modo disuadirlos de su aventura y, en todo caso, impedir su lucro indebido 157. Esa actitud adversa a la especulación mediante la compra de derechos litigiosos, especialmente a litigantes exhaustos se vertió en las codificaciones, y así la nuestra previene que el deudor no está obligado para con el cesionario sino en concurrencia del valor que este invirtió en la adquisición del crédito (derecho litigioso), más los frutos y costas causadas en el tiempo que medie entre la notificación de la cesión y el pago (art. 1.971[1] C.C.)².

Trabada la relación jurídico procesal con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado (sujeto pasivo de las pretensiones de la demanda) en proceso declarativo, de conocimiento u ordinario, el demandante (puede ser el mismo demandado cuando actúa en reconvencción, según el artículo 400 del C. de P. C), puede ceder el derecho litigioso en cualquier momento, del proceso, hasta antes de definirse el recurso extraordinario de casación (si el proceso lo admite).

El trámite de la cesión lo regula el artículo 60 del estatuto citado, que trata de la sucesión procesal, cuyo inciso 3º consagra:

“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente”.

Según la redacción de la norma, no es un requisito para la cesión del derecho litigioso cuando el proceso está en curso, que el cesionario intervenga, puede hacerlo o no, eso depende de él.

Si no interviene en el proceso, ello no significa que el demandado, vencido en el proceso y que adquirió la condición jurídica de deudor, pierda el beneficio o el derecho al retracto de que trata el artículo 1.972 del Código Civil, por cuanto lo puede invocar por vía incidental dentro de los nueve (9) días (hábiles desde luego, según el artículo 121 C. de P. C.), contados a partir de la notificación de la orden de pago, como se desprende de lo previsto igualmente por el inciso final del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil; incidente en el cual deberá demostrar que existió la cesión del derecho litigioso y cuál fue su valor de enajenación. Si éste fue

2 Tratado de las obligaciones. Tomo I. 1ª edición. marzo 15 de 2002. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Página 455

superior al monto de la condena impuesta en la sentencia (la cual consagra un derecho de crédito a favor del demandante, o del demandado en reconvención, caso en el cual no prospera la demanda principal pero si la de reconvención y éste cedió el derecho en litigio por esa contrademanda, quien lo debe invocar es el demandante inicial que fue vencido en el proceso), sólo debe pagar el demandado-deudor el monto de la condena impuesta en la sentencia, los intereses legales y las costas del proceso.

Ahora, en la hipótesis en que el cesionario, tercerista, participe en el proceso, deberá hacerlo a través de su respectivo apoderado judicial, que puede ser el del mismo demandante (cedente), previo otorgamiento del respectivo poder. En este evento, el Juez debe proferir un auto aceptando la manifestación del cedente y cesionario y notificarlo al demandado (s), por cuanto este debe aceptarlo expresamente, a efecto de que manifieste si es su deseo que sustituya en el proceso al inicial demandante (o al demandado pero en la reconvención exclusivamente).

La notificación de ese auto debe hacerse por estado y no personalmente, habida cuenta que el demandado ya está vinculado a proceso. El juez no puede desvincular del proceso a la parte demandante (o demandado en reconvención) porque depende es del demandado (o demandante reconvenido), luego, en caso de silencio, una vez notificado por estado el correspondiente auto, el juez debe tener al cesionario como litisconsorte de la parte, pero facultativo y no necesario, porque el tercerista no tiene la condición de parte, que si daría lugar para ser considerado como litisconsorte necesario.

En efecto, dispone el artículo 1.972 del Código Civil, en lenguaje jurídico arcaico, que no ha sido actualizado por la doctrina, porque se trata de una norma particular o sui generis, que involucra parte sustancial y parte procesal lo siguiente:

“El deudor no puede oponer al cesionario el beneficio que por el artículo precedente se le concede, después de transcurridos nueve días de la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia”.

Ese beneficio consiste en que el demandado, vencido en el proceso, cuya sentencia causó ejecutoria, no puede ser obligado a pagarle al cesionario sino el valor de lo que este hubiere dado por el derecho cedido, más los intereses legales de que trata el artículo 1.617 del Código Civil (6% anual), causados desde la fecha en que se le notificó la cesión y hasta cuando lo invoque y el monto de las costas procesales a que fue condenado.

Se insiste en que sólo procede la cesión del derecho litigioso en el proceso declarativo, de conocimiento, u ordinario, porque la sentencia que en él se profiera se constituye en el título ejecutivo.

Luego, el decreto que manda, u ordena ejecutar la sentencia, no es nada diferente al auto del mandamiento de pago, u orden ejecutiva; que según el actual Código de Procedimiento Civil, el proceso ejecutivo para hacer valer el crédito reconocido en la sentencia se sigue ante el mismo juez independientemente de la cuantía del asunto, en la forma y términos de que dispone el artículo 335 *ibídem*.

Una vez enterado el demandado-deudor de la orden de pago, tiene la oportunidad procesal de proponer por vía incidental el derecho de retracto, en el término de los nueve (9) días siguientes a la notificación del auto de mandamiento de pago.

Llegué a esta conclusión final de que la cesión de un derecho litigioso no puede darse sino en el proceso declarativo, de conocimiento, u ordinario, y no en el proceso ejecutivo, como en últimas lo plantea el Doctor César Gómez Estrada:

¿Se puede hablar de cesión de derechos litigiosos en proceso ejecutivo? Empleando la expresión derechos litigiosos en un sentido amplio, es posible afirmar que puede haberlos en un proceso ejecutivo, cuando el ejecutado formula demanda de excepciones, pues indudablemente en esas circunstancias queda cuestionada la pretensión del actor, y media entonces un evento incierto de que las excepciones propuestas prosperen o no.

Pero en el sentido específico en que la expresión aludida es tomada en cuenta por el Código Civil en los artículos que regulan su cesión, no parece que se pueda admitir que en el proceso ejecutivo se den derechos de esa clase, y que las disposiciones aludidas tengan aplicación en ese tipo de proceso. Es terminante sobre el particular el artículo 1.972, que supone en su contexto que la cesión de derechos litigiosos que toma en cuenta tiene qué haber ocurrido, forzosamente, en un proceso de conocimiento. En primer lugar, ese artículo habla de sentencia cuya ejecución se ha ordenado, lo que indudablemente se refiere a fallo proferido en proceso anterior, que no podría ser sino declarativo o de conocimiento; en segundo lugar, la única relación que esa disposición admite entre el proceso ejecutivo y la cesión de derechos litigiosos, es para que en el primero se consume la caducidad del derecho de retracto adquirido con ocasión, de proceso anterior y distinto; y,

en tercer lugar, si la cesión de derechos litigiosos pudiera ocurrir en el proceso ejecutivo, no habría cómo aplicar en esa hipótesis el art. 1.972 comentado, por obvias razones³.

Y no es posible entonces, sostener o admitir, que en el proceso ejecutivo, singular, con garantía real (prendaria o hipotecaria), o en el denominado por la doctrina mixto, se de la cesión de un derecho litigioso; o, como ha ocurrido en algunos estrados judiciales que si se proponen excepciones por parte del demandado o ejecutado la cesión no sea considerada como de un crédito sino de un derecho litigioso. Será siempre una cesión de crédito, así se hubiesen propuesto excepciones de mérito, porque en este evento se está simplemente en presencia de la hipótesis prevista por el inciso 3º del artículo 60 del estatuto procesal civil “El adquirente a cualquier título de la cosa...”; y, los derechos personales o créditos son cosas incorpóreas (Art. 664 C.C.).

Siendo esto así, en el proceso ejecutivo, cualquiera sea su modalidad, cuyo título ejecutivo no sea una sentencia proferida en un proceso declarativo u ordinario o de conocimiento, no es factible que el demandado proponga el beneficio o derecho de retracto a que alude el artículo 1.972 del Código Civil. Debe el Juez, en consecuencia, proceder a su rechazo de plano por ser notoria su improcedencia.

Por ende, cuando en un proceso ejecutivo, cuyo título ejecutivo no sea una sentencia proferida en el proceso declarativo, de conocimiento u ordinario, en el cual se hubiese cedido el derecho litigioso, se llegue a invocar el derecho de retracto, lo que se da es una cesión del crédito por parte del demandante y debe tramitarse como lo dispone el inciso 3º del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, independientemente de que se hubieren o no propuesto excepciones de mérito por el demandado; y aún en el evento en que este, o sea el demandado, admita la sustitución o sucesión procesal, esas excepciones le serán oponibles al cesionario, que entró a asumir la posición jurídica del demandante, quien no adquiere un mejor o diferente derecho, sino el mismo en igual situación jurídica en que se encontraba el cedente, es decir, el demandante.

3 De los principales contratos civiles. Editorial Crucigrama. Edición de abril 15 de 1983. Medellín. Página 205