

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC15339-2017

Radicación: 11001-31-03-026-2012-00121-01

Aprobado en Sala de cinco de julio de dos mil diecisiete

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Carlos Adriano Tribín Montejo contra la sentencia de 23 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso seguido por el recurrente frente a Ortiz Dussan y Cía. S.C.A.

1. ANTECEDENTES

1.1. **La causa petendi.** Según se narra en el libelo genitor, los contratos de compraventa de unos inmuebles, englobados, celebrados entre Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, en calidad de enajenantes, e Inversiones Dussan y Cía. S.C.A., como adquirente, fueron rescindidos por lesión enorme, a solicitud de aquellos, mediante decisiones judiciales en firme.

En el curso del anterior litigio, la referida sociedad transfirió a INVÍAS, forzadamente, el dominio de una parte o fracción de los predios, en la cantidad de \$310'339.260.

Declinada por la compradora la posibilidad de persistir en los contratos, los vendedores solicitaron la restitución de los fondos e iniciaron ejecución dirigida a obtener el pago de \$76'604.000, concerniente a las costas del proceso. Lo mismo hizo la entonces demandada, en orden a recaudar del precio entregado, la suma de \$82'980.480, proceso en el cual los ejecutados alegaron compensación.

Los efectos de los fallos de rescisión y los trámites compulsivos, fueron transigidos el 5 de diciembre de 2007. En su tenor, Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, pagarían \$750'000.000 a Inversiones Dussan y Cía. S.C.A.; mientras respecto de los \$310'339.260, producto de la venta parcial dicha, las partes se atenían al resultado judicial, en punto de la excepción de mérito en comento.

Allí mismo se previó que si tal defensa se resolvía en beneficio de Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, Inversiones Dussan y Cía. S.C.A., no recibiría nada adicional; en tanto decidida en contra de aquellos, se liquidaría el crédito, imputando \$750'000.000, ya pagados, y los \$76'604.000 que debían por costas procesales.

La excepción de compensación se resolvió en ambas instancias a favor de los ejecutados Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, y el proceso se declaró terminado como

consecuencia de los términos del contrato de transacción, al decir del entonces fallador de segundo grado, al margen de las controversias alrededor de su contenido, pues las mismas debían suscitarse en otros escenarios judiciales.

Mediante documento de 1º de febrero de 2011, Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, cedieron a Carlos Adriano Tribín Montejo, quien fungió como su apoderado judicial en las referidas contiendas, en dación de pago de sus honorarios profesionales, los derechos litigiosos asociados con el mentado contrato de transacción.

1.2. **El petitum.** Fundado en la anterior recensión, el cessionario, Carlos Adriano Tribín Montejo, solicitó declarar que “*existió un pago en exceso*” a Inversiones Dussan y Cía. S.C.A., la convocada, por parte de Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, en el contrato de transacción celebrado el de diciembre de 2007, en cuantía de \$310.339.260, correspondiente al valor de la venta parcial de los predios realizada a INVIAS, y como secuela, condenar su devolución con intereses comerciales e indexación.

1.3. **El escrito de réplica.** La sociedad interpelada se opuso a las pretensiones.

Ante todo, al negar cualquier relación material con el demandante, respecto de quien, dijo, amén de no intimar la cesión de derechos litigiosos, rechaza expresamente aceptar como contraparte. Por esto, desconoce su legitimación no sólo para solicitar la conciliación prejudicial, sino también

para demandar con base en el señalado contrato de transacción.

Además, con relación a Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, porque no les debía nada, sin que les fuera dado reabrir un debate judicial encauzado a discutir la vigencia y el monto de las obligaciones extinguidas por transacción y compensación, en virtud de decisiones judiciales que hicieron tránsito a cosa juzgada.

1.4. Cesión de derechos de crédito y/o litigiosos.

En el devenir de la actuación, Carlos Adriano Tribín Montejo, transfirió las resultas del proceso a sus antecesores Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, teniéndose “*como sucesores procesales*”.

1.4. El fallo de primera instancia. Emitido por el Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá, el 22 de octubre de 2013, absuelve a la sociedad demandada.

Según el sentenciador, si bien la cesión de derechos litigiosos era válida entre sus celebrantes, en el caso no tenía cabida, ante la ausencia de un proceso judicial ciertamente trabado, todo para los efectos del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil.

De ahí, agrega, ni lo manifestado en la contestación de la demanda, en el sentido de rechazar de contraparte al cessionario Carlos Adriano Tribín Montejo, ni la cesión de éste a favor de Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón,

efectuada durante el pleito, tenía la virtud de salvar lo antes considerado, por el contrario, todo apuntaba a la “*no naturaleza de derecho litigioso del negocio jurídico*”.

1.5. **La sentencia impugnada.** Desestima la apelación formulada por el extremo demandante, al considerar el Tribunal que para hablar de litigio y de derecho litigioso, se requería de la existencia de un proceso judicial debidamente notificado y esto no se cumplía.

En efecto, la cesión se realizó el 1º de febrero de 2011, mientras la ejecución de la transacción había culminado en 2009 y el presente proceso promovido en febrero de 2012. Consecuentemente, la sociedad demandada nunca pudo ser enterada de la comentada cesión dentro de un juicio.

Ahora, si Carlos Adriano Tribín Montejo, en los términos dichos, carecía de la calidad de cessionario, en esta actuación, como cedente, para sanear la falta, no podía trasladar lo que no tenía a Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, sus originales transmitentes.

1.6. Contra lo decidido, el demandante interpuso el recurso extraordinario de que se trata.

2. LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

2.1. Acusa la violación directa de los artículos 1669 a 1972 del Código Civil.

2.2. Según el recurrente, el Tribunal interpretó erróneamente los preceptos en cuestión, pues acorde con la evocada jurisprudencia y doctrina, para atribuir a un derecho la condición de litigioso, bastaba la simple incertidumbre, sin necesidad de atarla al ejercicio de la respectiva acción ante la jurisdicción.

Con mayor razón, cuando ninguna de las normas señaladas contemplaba el requisito de la notificación de la cesión de un derecho incierto y discutido, como sí tratándose de la presencia de créditos personales.

Bajo esa óptica, dice, resultaba un exabrupto jurídico concluir que ante la ausencia de un proceso judicial notificado que contenga la polémica cedida, no cabía hablar de la figura jurídica en comento, al confundirse el contrato de cesión, en sí mismo, con sus efectos procesales.

El argumento sobre que en este asunto nada pudo trasladarse, como no fuera una estrategia para salvar el error, carecía de fundamento, pues el derecho litigioso se invocó siguiendo las sentencias de la compensación y de terminación del ejecutivo, en cuanto cualquier controversia acerca del contenido de la transacción, debía elucidarse “*a través de los mecanismos judiciales pertinentes*”.

En ese orden, concluye el censor que “*(...) sí era titular del derecho litigioso inicialmente cedido (...) y por consiguiente tenía la legitimación en la causa para accionar y posteriormente (...) ceder dichos derechos*”.

2.3. Solicita, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y proceder de conformidad.

3. CONSIDERACIONES

3.1. En la réplica al cargo, la parte demandada opositora, son sus palabras, “(...) [no] discute si existen o no derechos litigiosos antes de haberse promovido acción judicial alguna (...)”; desde luego, tampoco los niega.

El recurrente, en general, coincide con lo anterior, al sostener que para otorgar la característica de litigioso a un derecho, basta la incertidumbre de su existencia, sin consideración a una contienda judicial.

3.2. En los términos del artículo 1969 del Código Civil:

“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.

“Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda”.

3.2.1. Las normas (1970 a 1972) a las cuales remite este último inciso, contemplan el derecho de retracto o el rescate del derecho litigioso en los casos cuando la cesión haya sido a título de venta o permutación.

Consiste, tratándose de la cesión de la posición del potencial acreedor, en la facultad que le asiste al deudor de liberarse de la disputa del derecho y pagar al cessionario únicamente al valor que éste haya dado por lo cedido, con los intereses desde cuando se enteró de la cesión, siempre y cuando lo ejercite dentro de los nueve días siguientes a la notificación de la providencia ordenando ejecutar o cumplir el fallo que haya zanjado la incertidumbre.

Las limitantes dichas incontrastablemente se han erigido como medidas de protección en beneficio de quienes deben soportar la discusión acerca del fondo del derecho controvertido. Esto, porque en sentir de la Corte¹:

“(...) Se considera que los adquirentes de derechos litigiosos son casi siempre especuladores movidos por el ánimo desaforado de lucro y en veces por resentimientos personales contra el deudor cedido. Por otra parte, se piensa que por la cesión de derechos litigiosos puede aumentarse el número de los pleitos, con mengua del interés social. El cessionario de derechos litigiosos tendrá generalmente poca disposición para llegar a un arreglo amigable con su contendor y procurará por todos los medios, obtener una ganancia desproporcionada con el precio de su adquisición.

“Esta suspicacia y prevención contra los negociantes de pleitos ha justificado la institución del retracto litigioso, conocida desde el Derecho Romano, consagrada en el Código

¹ CSJ. Civil. Sentencia de 3 de noviembre de 1954 (G.J. Tomo LXXIX-15).

de Napoleón y transplantada a nuestra ley civil al través del Código Chileno".

Así, mirada como sospechosa la cesión de derechos litigiosos, sea a título de venta, de permuto o a cualquier otro título, salvo las excepciones adelante señaladas, se ha querido celar o velar por la posición de los deudores ante la posible persecución despiadada de sus cesionarios. De ahí, al adquirente de un derecho litigioso la ley lo alerta desde el inicio de no poder obtener para sí toda la ganancia de su inversión, en cuanto el contendor cedido, bien puede optar por pagar el valor de la adquisición con los accesorios correspondientes, como remedio o prevención a la eventual injusticia o explotación por parte de su cesionario.

La norma establece, acorde con el precedente citado, “*(...) un verdadero beneficio (...) en favor del deudor cedido. Al deudor cedido –retrayente- se da la facultad de expropiar al cesionario –retraído- sus derechos en el pleito, mediante el pago del valor de la cesión y los intereses desde el día en que ésta se haya notificado (...). Es un caso sui generis de expropiación por causa de utilidad privada e interés social.*

“*Por el retracto el deudor cedido sustituye en sus derechos y obligaciones al cesionario dentro del pleito. Reuniéndose en cabeza del retrayente las calidades opuestas de actor y reo en la litis, de acreedor y deudor, se extinguen las correspondientes obligaciones por el modo de la confusión (C.C. art. 1525, numeral 6º y 1724). Según la ley, la confusión produce iguales efectos que el pago”.*

En los términos del artículo 1971 del Código Civil, el derecho de retracto excepciona las cesiones, manteniéndolas a salvo: (i) gratuitas, dado que el deudor nada tendría para oponer al cesionario; (ii) las efectuadas por ministerio de la justicia, puesto que su origen legítimo, excluiría la especulación; (iii) las comprendidas en la enajenación de la cosa materia del derecho litigioso, en cuanto la adquisición sería de aquello y no de esto último; (iv) las efectuadas entre copropietarios o coherederos, pues se dirigirían a poner fin a la comunidad o a la indivisión; (v) las realizadas a un acreedor en pago de lo debido por el cedente, porque extinguida la obligación, faltaría el ánimo de ganancia indebida; y (vi) las verificadas al poseedor, usufructuario o arrendatario, en orden a garantizar el goce respectivo, considerando que el retracto a la poste terminaría privando al cesionario de lo suyo.

Particularmente, en el caso del numeral (v), vale decir, la dación de la cesión en pago de una obligación, es claro que respecto del “*tercero*” o deudor del derecho cedido, el “*acreedor*” solucionado, tendría la condición de cesionario, mientras el sujeto “*liberado*”, a su vez acreedor primigenio, la de cedente. Como se comprende, el rescate litigioso únicamente tendría cabida en la relación “*tercero*”-“*cesionario*” y no en la de “*acreedor*”-“*liberado*”, porque en ésta la cesión simplemente se hizo con efectos extintivos.

3.2.2. Frente a lo discurrido, no cabe duda, para predicar existente un derecho con el carácter de litigioso, es indiferente que su composición haya sido demandada.

La existencia de una controversia, por el contrario, es requisito para activar la jurisdicción del Estado, sin importar, como se previene en el artículo 1970 del Código Civil, “*que sea el cedente o (sic) cessionario el que persigue el derecho*”. Por esto, en sentir de esta Corporación, “*(...) es facultativo de este último hacerse presente o no dentro del proceso. Al respecto dijo la Corte en sentencia del 4 de diciembre de 1952: 'Desde que un derecho litigioso es susceptible de traspasarse en todo o en parte, el cessionario, en guarda de sus intereses puede hacerse presente en el respectivo juicio para que su derecho sea reconocido'*”².

Si bien en el precedente inmediatamente citado se dejó sentado que “*(...) la ley entienda litigioso el derecho desde cuando se da la litis contestatio, porque se traba la relación jurídica procesal por virtud de la notificación judicial de la demanda* (...)”, esto, en realidad, fue dicho al paso, puesto que en el caso analizado el Tribunal negó las pretensiones por no haberse formalizado la cesión efectuada por escritura pública, dado que se trataba de controversias asociadas con un inmueble, alrededor giró la *ratio decidendi*, al encontrarse, luego de diferenciarse entre cesión de derecho litigioso y cesión de cosa litigiosa, únicamente para esto último, que el negocio jurídico de cesión estaba “*(...) desprovisto de cualquier clase de solemnidad* (...)”, dirección en la cual, precisamente, en esa ocasión fue infirmado el fallo recurrido en casación.

² CSJ. Civil. Sentencia 033 de 14 de marzo de 2001, expediente 5647, reiterando G.J. Tomo LXIII, página 468.

En efecto, en el punto, precisa la Sala, con fundamento en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, según el cual, “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*”, texto declarado exequible por la sentencia C-836 de 2001, recientemente fortalecido por el artículo 7º de la Ley 1564 de 2011, al someter a los jueces a la observancia de la doctrina probable, de tal modo que cuando “*se aparte [n] (...) estará[n] obligado[s] a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión*”, que respecto de la cesión de derechos litigiosos, como acto jurídico en su celebración, a fin de que pueda reivindicar su existencia y validez, no está sometido necesariamente a la ocurrencia de un litigio en curso debidamente notificado. En la cuestión existe una doctrina probable, cuyo criterio no ha sido alterado.

Según la sentencia de la CSJ, Sala de Casación Civil del 21 de mayo de 1941, para la perfección de la cesión de derechos litigiosos no se le pueden aplicar las reglas correspondientes a la notificación del deudor en la cesión de créditos:

“(...) En concepto de la Corte no son propiamente aplicables a la cesión de un derecho litigioso, para que aquélla se perfeccione, las reglas relativas a la notificación al deudor de la cesión de los créditos, no sólo porque no lo dice

la ley, sino porque constituyendo el derecho litigioso el evento incierto de la litis, no se sabe si hay deudor mientras no termine el juicio. Es verdad que el artículo 1971 del 'C.C.' habla de que se haya notificado la cesión al deudor, pero ello se refiere a los casos, en que ya se sabe que existe un deudor, y tiene por objeto fijar la fecha desde la cual se deben intereses.

*"Lo que sí es necesarios para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el Juez que conoce del asunto tengan conocimiento de ella, es que el cessionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al Juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, para aquello el derecho litigioso no sale del poder del cedente, que fue lo que aconteció en el negocio que se estudia, o puede el deudor pagarle al cedente el resultado del juicio (...)"*³.

Ulteriormente, en la providencia de la Sala de Negocios Generales del 29 de septiembre de 1947, la Corte afirma como la nota distintiva para encontrar un derecho litigioso siempre y cuando éste sea controvertible en todo o en parte, aun cuando haya surgido o no un pleito o litis:

"(...) Sostiene el Tribunal en la sentencia recurrida 'Pero como quiera que en la época en que se hizo la cesión (17 de

³ CSJ, SC 21 de mayo de 1941, MP. Isaias Cepeda

noviembre de 1938) no se había aún trabado litis con la Nación, tales derechos no podían tener el carácter de litigiosos, pues de conformidad con el artículo 1969 del Código Civil, un derecho solo se entiende litigioso, desde que se notifica judicialmente la demanda’.

“No acoge la sala en su integridad el anterior concepto. Para la entidad falladora en esta circunstancia no puede darse el artículo 1969 la interpretación contenida en el pasaje transrito pues de su parte estima que para que un derecho tenga la calidad de litigioso basta que sea controvertido en todo o en parte, aun sin que sobre él se haya promovido jurisdiccionalmente un pleito mediante el ejercicio de la acción respectiva; y, por consiguiente, el titular de ese derecho puede cederlo por venta o por permutación a otra persona, entendiéndose como tal operación el traspaso del evento incierto de la litis, conforme a las propias expresiones del Código. Una cesión en tales condiciones obliga plenamente –a juicio de la Corte– a las personas que en ella intervienen, o sea al cedente o al cesionario.

“Otra cosa es que la disposición citada haya previsto en su último inciso que debe entenderse por derecho litigioso ‘para los efectos de los artículos siguientes’, los cuales se refieren al título de la adquisición del derecho, a la personería del demandante en el juicio y a la regulación de la facultad de retracto que corresponde al deudor cedido. De donde se desprende que, si para los fines mencionados el derecho se entiende por litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda, es lógico que para objetos

*distintos –que son todos los demás no expresados en la ley– no cabe ni se aplica la misma limitación y debe darse a la expresión –derecho litigioso– su sentido obvio y natural. Pero así como en opinión de la Corte, puede concebirse el derecho con carácter de litigioso aun antes de que se haya tratado la querella jurisdiccional y la cesión que se haya vincular jurídicamente a las partes, no pasa lo mismo con respecto a la persona del deudor cedido. En relación con éste el pacto de cesión no produce efectos sino después de que se haya notificado la demanda judicial, pues desde ese momento nace para él la facultad de ampararse con el retracto litigioso que reglamentan los artículos 1971 y 1972 del Código Civil (...)"*⁴.

La anterior sentencia fue reiterada en la SC 23 de octubre de 2003 expediente No. 7467, así:

"(...) De otro lado, importa recordar que 'para que un derecho tenga la calidad de litigioso basta que sea controvertido en todo o en parte, aun sin que sobre él se haya promovido jurisdiccionalmente un pleito mediante el ejercicio de la acción respectiva; y, por consiguiente, el titular de ese derecho puede cederlo por venta o por permutación [o a cualquier otro título, incluso gratuito, agrégase ahora] a otra persona, entendiéndose como tal operación el traspaso del evento incierto de la litis, conforme a las propias expresiones del Código -a juicio de la Corte- a las personas que en ella intervienen, o sea el cedente y al cessionario'. Y agregó la Corte en esa ocasión: 'Otra cosa es que la disposición en cita

⁴ CSJ, Sala de Negocios Generales del 29 de septiembre de 1947

*haya previsto en su último inciso lo que deba entenderse por derecho litigioso <para los efectos de los artículos siguientes>, los cuales se refieren al título de la adquisición del derecho, a la personería del demandante en el juicio y a la regulación de la facultad de retracto que corresponde al deudor cedido. De donde se desprende que, si para los fines mencionados el derecho se entiende por litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda, es lógico que para objetos distintos –que son todos los demás no expresados en la ley- no cabe ni se aplica la misma limitación y debe darse a la expresión – derecho litigioso- su sentido natural y obvio’. (G.J. LXIII, p. 468) (...)"*⁵.

En ese orden de ideas, la calidad de derecho litigiosos, como posteriormente esta misma Corporación precisó, “(...) surge por la controversia que se ha suscitado sobre el particular, sin que para ese propósito se exigiera, necesariamente, una contienda judicial, dado que ese requisito cuenta es para propósitos distintos”⁶.

Así las cosas, el instituto de la cesión, respecto de un derecho litigioso, constituye el medio ideado para introducir cambios en el extremo acreedor, al margen de la acción judicial dirigida a elucidarlo. La notificación de la respectiva demanda, si ha sido incoada por el cessionario, o a instancia del cedente, únicamente sirve de detonante temporal a partir del cual es dable ejercitar el derecho de retracto, salvo que la ley lo impida por vía exceptiva.

⁵ CSJ SC 23 de octubre de 2003 expediente No. 7467.

⁶ CSJ. Civil. Sentencia 277 de 14 de octubre de 2011, expediente 00277.

Sin embargo, excluidas ciertas cesiones de la posibilidad de rescatar la controversia, esto no significa que la cesión del derecho discutido, desde el punto de vista del contendor acreedor, sea prohibida. Simplemente, la transferencia de la cuestión litigiosa tendría cabida, solo que, por las circunstancias predicables en cada caso, el derecho de retracto, en principio, estaría ayuno de objeto.

3.2.3. El artículo 1971 del Código Civil, es cierto, habla de la notificación al deudor cedido. La diligencia, empero, tiene como finalidad mensurar el contenido del derecho de retracto, en cuanto es a partir de allí que se empezarían a deber, amén del valor dado por el cessionario, los intereses correspondientes. En esa arista, para ser claros, es un problema de inoponibilidad con respecto al contradictor cedido, por cuanto una cosa es el negocio cesivo, y otra, totalmente diferente, el noticiamiento.

Desde luego, tratándose de una medida instituida para proteger la posición del extremo cedido, no cabe duda que al alcance de ésta no se encontraría la facultad de rechazar el negocio jurídico de cesión, mucho menos al cessionario, entre otras cosas, por incumbir únicamente a sus celebrantes, aunque sí, mediante la aceptación expresa de la parte cedida, relevar al anterior titular, tanto en el campo sustancial, como en el procesal.

La oposición del potencial deudor en el punto, por lo tanto, ni quita ni pone rey. En primer término, porque quepa o no el derecho de retracto, a voces del artículo 1970

del Código Civil, “[e]s indiferente (...) que sea el cedente o (sic) cesionario el que persigue el derecho”. En segundo término, por cuanto en la hipótesis de no aceptarse la sustitución, perviviría una simple relación litisconsorcial potestativa entre cesionario y cedente (artículos 60, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, y 68, inciso 3º del Código General del Proceso).

Al fin de cuentas, *mutatis mutandis*, al decir de la Corte, “(...) es distinto sustituir a un acreedor que a un deudor. Respecto del primero, la posición del obligado no sufriría afectación, pues (...) su prestación tendría que solucionarla sin importar el nombre del titular. Con relación al segundo, la cuestión sería trascendente, en cuanto, muy seguramente, la persona del solvens, su capacidad económica, reputación, en fin, se habrían erigido en factores de confianza y de garantía al momento de otorgarse el crédito, por lo tanto, como esas condiciones bien pueden no concurrir en el deudor reemplazante, es natural entender que el consentimiento del accipiens se hace necesario”⁷.

En esa línea, respecto de la relación cedente y cesionario de un derecho litigioso, el consentimiento del respectivo deudor de la cuestión incierta y discutida, ningún papel juega, así la aceptación expresa de la alteración subjetiva de su contraparte, para los efectos sustanciales y procesales dichos, sea de su exclusivo resorte.

⁷ CSJ. Civil. Sentencia de 24 de julio de 2015, expediente 00469.

En cambio, en la hipótesis de fungir de cedente el propio deudor, campo propio de la asunción de deudas, la situación es totalmente distinta, porque su salida de la relación sustancial controvertida, cuando no sea legal o convencionalmente prohibida, debe supeditarse, como es apenas natural entenderlo, a la voluntad del acreedor, so pena de inoponibilidad, a la postre, el mecanismo legal de protección de sus intereses.

La cesión efectuada por el propio obligado, desde luego, no puede confundirse con la novación subjetiva, ni con la asunción de deuda, ni con la delegación (artículos 1687, 1690 y 1694 del Código Civil). En términos generales, porque tales mecanismos implican pago de la obligación contraída, de ahí que, una vez efectuado, nada habría que transferir; mientras la cesión comporta el tránsito de la prestación de una persona a otra, sin extinguirse.

3.2.4. Si bien al deudor cedido debe hacérsele saber la cesión, al margen de su aceptación, la notificación no es requisito para la persecución del derecho litigioso.

Como tiene sentado la Corte, “(...) tampoco había que notificar previamente al deudor cedido ni menos se requería provocar su aceptación, que son actos previstos en el ámbito de la cesión de créditos (artículo 1960 del C. Civil), o de la sustitución o cesión de la posición contractual por un tercero (artículo 887 del C. de Comercio), según sea el caso (...)”⁸.

⁸ CSJ. Civil. Sentencia de 23 de octubre de 2003, expediente 7467.

La razón de ser de lo anterior estriba en que el hecho, por supuesto, cuando cabe el rescate litigioso, a no dudarlo, redundaría a favor del deudor de la cuestión discutida, puesto que mientras no se le notifique, en el entretanto se vería liberado de pagar intereses. Ergo, las consecuencias nocivas por la notificación tardía de la cesión del derecho cuestionado, debe soportarlas el contendor acreedor.

En esa dirección, el escenario del proceso sirve al propósito de la notificación (artículos 60 del Código de Procedimiento Civil y 68 del Código General del Proceso), cuando la cesión se realiza estando en curso el litigio, y si se efectúa previamente y no se ha informado del hecho al contendor deudor, no hay ninguna razón para negar ese noticiamiento con la intimación del auto admisorio de la demanda, así como ese acto procesal sirve como mecanismo para notificar la cesión del crédito (artículo 94 del Código General del Proceso). De ahí que, en este último evento, cualquier comunicación previa para el efecto, como se consignó en el procedente antes citado, “*(...) ni se exige legalmente, ni representa utilidad práctica ninguna (...)*”.

3.3. En el cargo, como se recuerda, se acusa al Tribunal de haber infringido directamente los artículos 1969 a 1972 del Código Civil.

3.3.1. Supone lo anterior, según es de rigor, tratándose de errores *iuris in iudicando*, que el recurrente acepta las conclusiones fácticas y probatorias fijadas en la

sentencia impugnada, solo que considera equivocado el respectivo ejercicio de subsunción normativa.

De una parte, al referirse el juzgador cuestionado a la cesión de los derechos litigiosos derivados de un contrato de transacción, que los cedentes, Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, la realizaron el “*1º de febrero de 2011*” en “*pago de los honorarios de abogado causados al cessionario*” Carlos Adriano Tribin Montejo; y de otra, que para esa data no se había iniciado el proceso en orden a componerlos, toda vez que el libelo fue presentado “*en febrero de 2012*”.

3.3.2. Ahora, si para el Tribunal lo anterior indicaba que “*no existía litigio ni derecho litigioso (...) y por esa misma razón la parte aquí demandada no fue nunca notificada de ese acto*”, surge diáfana, conforme a lo supra analizado, la violación recta de las normas señaladas.

En primer lugar, porque el adjetivo de litigioso de un derecho no pendía de un proceso judicial trabado; del mismo modo, por cuanto supuesta la controversia antes de iniciarse el juicio, en todo caso, en el *subjúdice* no procedía el derecho de retracto, dado que la cesión fue realizada en pago de lo debido al cessionario por sus cedentes; y en último término, porque la información o notificación al deudor cedido de la transferencia, sea o no viable el rescate litigioso, no era obligatoria antes de la demanda.

3.4. Frente a lo expuesto, claramente se advierte que la sentencia del Tribunal se encuentra erróneamente

motivada. No obstante, como su parte resolutiva se ajusta a derecho, lo considerado reviste el carácter de rectificación doctrinaria, pues como pasa a verse, otras razones conducen al mismo resultado.

3.4.1. En el fallo impugnado extraordinariamente, inclusive en el de primer grado, no se estudió si a raíz del contrato de transacción, había lugar a declarar el “*(...) pago en exceso a la sociedad Ortiz Dussan y Cía. S.C.A.*”.

Según el juzgado, al encontrarse que si bien era válida la cesión de derechos litigiosos derivada del citado negocio jurídico, efectuado por Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón a favor de Carlos Adriano Tribin Montejo, cuando se realizó no existía una demanda notificada; y en segundo término, porque revertida la cesión durante la actuación, el error no se salvaba, al contrario, todo apuntaba a la “*no naturaleza de derecho litigioso del negocio jurídico*”.

En el recurso de apelación, el actor acepta haber presentado la demanda como cessionario, pero alega que no podía desconocerse, para los “*efectos procesales y sustanciales pertinentes*”, obviamente, entendiéndose que distintos a los del retracto litigioso, pues la cesión la recibió en pago de honorarios profesionales, que en el curso del juicio había revertido la cesión a los “*eventuales titulares iniciales de los derechos objeto del proceso*”.

3.4.2. Siendo evidente que el actor, en efecto, promovió el proceso como cessionario de los derechos litigiosos

derivados del contrato de transacción, surge claro, esa sola circunstancia lo autorizaba para solicitar de la jurisdicción del Estado se compusiera la controversia, inclusive al margen de la otra cesión efectuada en el proceso.

La excepción de falta de legitimación en la causa por activa, es decir, la reconocida en las instancias, en consecuencia, no era de recibo, por las mismas razones anteriormente explicadas. En concreto, porque en los términos del artículo 1970 del Código Civil, era “*(...) indiferente (...) que sea el cedente o (sic) cessionario el que persigue el derecho*”; y porque en la hipótesis de no haber conocido la sociedad convocada de la existencia de la cesión antes de formularse la demanda, el hecho quedó superado con su vinculación al proceso.

3.5. Destruídas, entonces, las razones por las cuales, en el campo estrictamente jurídico, fueron negadas las pretensiones, no le queda otra alternativa a la Corte que continuar el estudio de fondo del asunto.

3.5.1. Con ese propósito, de acuerdo con la prueba documental aportada, incontrastable resulta que a raíz de la declaración judicial de rescisión por lesión enorme, las partes debían restituirse recíprocamente.

En lo pertinente, según las sentencias de instancia, a la sociedad Ortiz Dussan y Cía. S.C.A., en calidad de compradora, le correspondía entregar los predios a sus vendedores, Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, y

pagarles las costas, liquidadas en \$76'604.000. Por su parte, a estos últimos les incumbía devolver a aquélla el precio recibido, esto es, la suma de \$82'980.480, debidamente indexada y con intereses civiles.

No obstante, la restitución de los fondos no era dable llevarla a cabo en su totalidad, porque la adquirente rescindida se había visto forzada a trasferir a INVÍAS, una fracción de los mismos, en la cantidad de \$310'339.260.

Promovidas sendas ejecuciones para el cobro de las referidas costas y la devolución del anotado precio, a este último, los entonces ejecutados Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, opusieron la excepción de compensación, en cuanto Ortiz Dussan y Cía. S.C.A., les adeudaba las citadas costas y el valor de la venta forzada con indexación e intereses legales.

3.5.2. Según el documento de 5 de diciembre de 2007, las partes transigieron parcialmente las diferencias.

3.5.2.1. Así, Ortiz Dussan y Cía. S.C.A, no pagaría las costas del proceso y recibiría de Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, la cantidad de \$750'000.000, en parte de la suma que les correspondía como restitución.

3.5.2.2. Con relación a la excepción de compensación en cuantía de \$310'339.260, los contendientes se atuvieron “*en un todo*” a las decisiones judiciales que se adoptaran en primera y segunda instancia.

Si la sentencia favorecía a los ejecutados Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, la sociedad Ortiz Dussan y Cía. S.C.A., no recibiría “*suma adicional alguna*”. Si la excepción de compensación se declaraba infundada, se liquidaría el crédito de \$82'980.480, con indexación e intereses, deduciendo la suma de \$750'000.000, ya pagada, y el valor de las costas del proceso (\$76'604.000).

3.5.3. En ese contexto, la transacción, que fue parcial, y la consecuente cosa juzgada, únicamente se refería a lo consignado en el sub-numeral 3.5.2.1., pues en lo demás, se dejó a la decisión de la justicia, en tanto el acuerdo era aceptar, aplicando lo dicho, lo que se resolviera.

3.6. La excepción de compensación fue decidida en favor de Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, cual se observaba en las sentencias de 24 de octubre de 2008 y 3 de diciembre de 2009, en su orden, proferidas por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.

Significa lo anterior, siguiendo la voluntad consignada en el contrato de transacción de 5 de diciembre de 2007, que la sociedad Ortiz Dussan y Cía. S.C.A., no obtendría “*suma adicional alguna*” a los \$750'000.000, ya recibidos, al margen de que en el cruce de cuentas se verificará un saldo a su favor; de su lado, Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, al declararse terminada la ejecución, quedarían liberados de cualquier otra restitución. Fiel a la transacción, así ocurrieron las cosas, como pasa a verse.

3.7. Concordante con lo decidido alrededor de la mencionada excepción de compensación:

3.7.1. Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, a la fecha del fallo de segundo grado, adeudaban a Ortiz Dussan y Cía. S.C.A., por el capital de \$82'980.480, indexado y con intereses legales, un total de \$632'514.173.45, precisamente por causa del largo período transcurrido en la solución de esta obligación.

3.7.2. Por su parte, Ortiz Dussan y Cía. S.C.A., en la misma data debía a Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, respecto de los \$310'339.260, valor de la venta forzada de una parte del terreno, con indexación e intereses, la cantidad de \$542'320.612.31.

3.8. En ese orden, realizado el cruce de cuentas, para el juzgador de segunda instancia:

“(...) [E]mergía diamantino que subsiste un saldo a favor de Ortiz Dussan & Cía. S.C.A. y a cargo de Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón por \$90'320.612.31, por lo que en consecuencia la excepción debe prosperar, sin que sea pertinente seguir adelante la ejecución por el faltante, en virtud a que es suficiente la suma entregada en la transacción efectuada por las partes el 5 de diciembre de 2007, vale decir, luego de iniciado el ejecutivo.

“Igualmente debe aclararse en este punto, que las costas decretadas a la orden de los actores en el trámite

ordinario de primera y segunda instancia, como en el decurso de la demanda de casación, no podrán imputarse para efectos de la plurimencionada compensación, toda vez que fueron objeto del acuerdo celebrado (...)".

3.9. El demandante solicitó se declarara el “*(...) pago en exceso a la sociedad Ortiz Dussan y Cía. S.C.A.*”, efectuado por sus cedentes Miguel Antonio y María Alicia Daza Pinzón, en cuantía de \$310'339.260, esto es, el equivalente al valor de la venta parcial de los fundos.

En ese marco, la pretensión de manera alguna se hizo descansar en el pago de lo no debido, pues por ninguna parte se afirma que se hizo por error (artículo 2313 del Código Civil). Entiende la Corte, por lo tanto, que todo se subsume en la extensión económica de la referida compensación, en cuanto la extinción de las obligaciones recíprocas, en los términos del artículo 1715, *ibidem*, lo era “*hasta la concurrencia de sus valores*”.

Ahora, como de acuerdo con lo discurrido, ningún excedente en favor de la parte demandante se avizora, por el contrario, surgía un saldo en su contra, cual quedó decidido en el fallo de excepciones, todo con efecto vinculante entre las partes, por haberse pactado expresamente así en el escrito de transacción, salta de bullo que nada de lo pedido en el escrito genitor del proceso habría para declarar, por carencia de obligación a favor de la parte demandante en éste declarativo.

Significa lo anterior que pese a los yerros estrictamente jurídicos en que incurrió el Tribunal, dirigidos a confirmar la sentencia absolutoria del juzgado, de todos modos, ni siquiera situada la Corte en sede de instancia, habría lugar a proferir una decisión contraria.

3.10. En consecuencia, ante la intrascendencia de los errores, el cargo no se abre paso.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia de 23 de mayo de 2014, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por Carlos Adriano Tribín Montejo contra Ortiz Dussan y Cía. S.C.A.

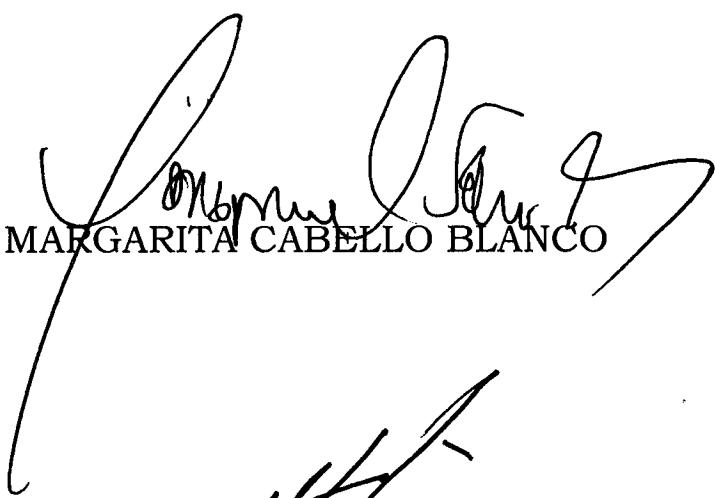
Sin costas en casación, dada la rectificación doctrinaria.

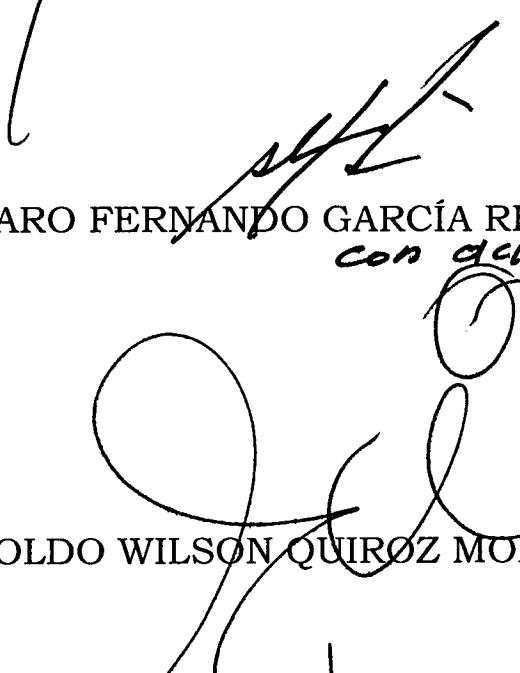
Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

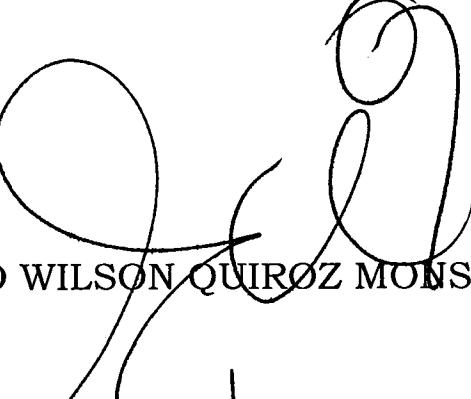
LUIS ALONSO RICO PUERTA

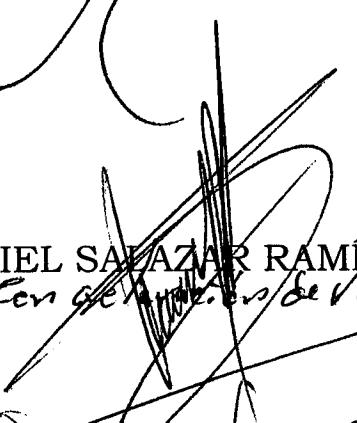
(Presidente de la Sala)

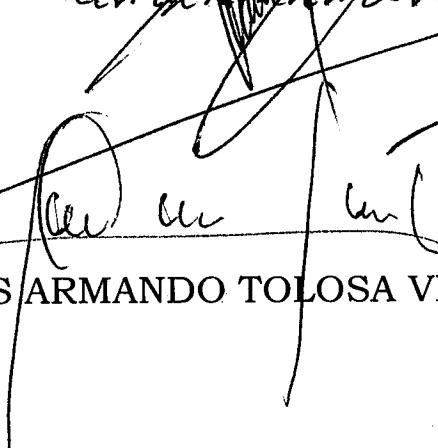
CON AUTORIZACIÓN DE VOTO


MARGARITA CABELLO BLANCO


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
con declaraciones de voto


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
con declaraciones de voto


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

SC15339-2017

Radicación número 11001-31-03-026-2012-00121-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comproto la decisión tomada en la Sala Civil del día 5 de julio de 2017 que dio lugar a la sentencia fechada el 28 de septiembre del mismo año, en cuanto a la parte resolutiva, es decir, en cuanto no casa la decisión del Tribunal, por cuanto, como se dice en la providencia, realizadas las cuentas de los negocios que se dieron entre las partes lo que aparece es un pago en exceso fruto de las liquidaciones de los acuerdos de las partes en cuanto se cumplieron las transacciones pactadas, considero que la providencia se ha extendido en hacer estudios innecesarios sobre una CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS que no es objeto del problema.

Como estoy apoyando lo decidido, podría pensarse que esta parte motiva no tendría ninguna importancia en la decisión, sin embargo, como el ponente se ocupa in extenso del tema tratando de imponer una línea de pensamiento sobre su prueba, su valoración y su interpretación, resultaría no solo innecesario sino inconveniente que en un proceso donde ese tema no es de fondo, es más, pienso que debe descartarse totalmente porque dicha figura jurídica es ajena a los hechos importante del litigio y solo se menciona por equivocación de las partes, no puede dedicarse una gran parte

de la providencia a hacer rectificaciones sobre la forma de probar y el tiempo en que realmente existe cesión de derechos litigiosos en un esfuerzo que no conduce a la decisión final.

Por esa razón, tratándose de un asunto que no es parte del tema decidendum, las afirmaciones del ponente deben quedar como no escritas para efectos de orientaciones jurisprudenciales futuras, guardando la Sala ese estudio para cuando sea verdaderamente necesario y conducente, pues no estando la atención de toda la sala en ese tema, su inclusión en la providencia resulta impertinente y bastaba simplemente que en las motivaciones se dijera que a pesar de que era parte del alegato de los recurrentes no se entraba en el asunto, precisamente porque el derecho ya no era litigioso sino que se trataba del cumplimiento de lo que ya había sido objeto de transacción y en esa medida había dejado de ser litigioso.

Por lo expuesto, aunque considero loable el análisis del proyecto para conducir a la decisión de no casar la sentencia, dejo mi aclaración para que por mi parte no haga causa de la decisión todo lo que se dice respecto a la cesión de derechos litigiosos.

Con todo acatamiento



ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

SC15339-2017

(Rad.: 11001-31-03-026-2012-00121-01)

Estoy de acuerdo con la decisión que adoptó la Corte para negar la casación de la sentencia proferida por el Tribunal, dado que al no estar probados los presupuestos fácticos del pago de lo no debido que contempla el artículo 2313 del Código Civil, no había lugar a declarar la prosperidad de la pretensión que formuló la parte actora.

No obstante, considero innecesarias las prolíficas alusiones que se plasmaron en la motivación del fallo acerca de la figura de la cesión de derechos litigiosos, toda vez que contienen afirmaciones que, como se reconoció en la misma sentencia de casación, resultaban intrascendentes para la solución del litigio.

En efecto, en su réplica a la demanda de casación, la parte opositora no discutió, ni negó, ni puso en duda la existencia de los derechos litigiosos, por lo que al no ser ese punto materia de debate, no había necesidad de adentrarse en el examen de esa materia; pues la controversia se circunscribió a si se había pagado o no de más una suma de dinero por error, punto que quedó resuelto con las pruebas que demuestran que tal pago en exceso no existió porque como consecuencia de la transacción que hubo entre las partes, y de la compensación de las cantidades de dinero mutuamente adeudadas, fue la demandante la que quedó debiendo un saldo a favor de la demandada.

En los términos que preceden, dejo expresada mi inconformidad con la motivación de la decisión.

De los señores Magistrados,


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado