



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

CESIÓN DE CONTRATO

DOCTRINA Y RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Consuelo Chamorro Keim

Profesor Guía: Luis Bustamante Salazar

Diciembre 2006

Dedicada a mis padres y hermana por el constante e incondicional apoyo en estos largos años de estudio.

CONSUELO.

CESIÓN DE CONTRATO
DOCTRINA Y RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Índice

PARTE PRELIMINAR.....	5
INTRODUCCIÓN	5
PARTE I	9
NOCIONES BÁSICAS	9
CAPÍTULO I	9
LA RELACIÓN CONTRACTUAL.....	9
A. Conceptos.	9
B. Contenido y situación jurídica de parte contractual	13
C. Carácter unitario de la relación contractual.....	17
CAPÍTULO II	19
NOCIÓN DE LA CESIÓN DE CONTRATO.....	19
A. La transmisión de las relaciones nacidas de un contrato.	19
B. La cesión de contrato y su distinción con figuras afines.....	33
PARTE II	42
MANIFESTACIONES POSITIVAS DE LA CESIÓN DE CONTRATOS	42
CAPÍTULO I	42
PRECEDENTES HISTÓRICOS	42

A. Posibilidades de transmisión del contenido contractual en el Derecho Romano.	44
B. La transmisión del contenido contractual en el Derecho Común.	47
C. Nacimiento y evolución de la cesión de contratos.	51
CAPÍTULO II	54
DERECHO COMPARADO	54
A. Sistema de Admisión Directa.	55
C. Sistema de Admisión Indirecta.	58
C. Sistema de Admisión Discutible.	60
PARTE III	61
NATURALEZA JURÍDICA DE LA CESIÓN DE CONTRATO	61
CAPÍTULO I	61
EXPOSICIÓN DE LAS DISTINTAS TEORÍAS.	61
CAPÍTULO II	66
LA TEORÍA UNITARIA	66
CAPÍTULO III	69
LA CESIÓN DE CONTRATOS COMO UN ACTO JURÍDICO GENERADOR DE DERECHOS SUBJETIVOS	69
PARTE IV	72
CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA CESIÓN DE CONTRATOS	72
CAPÍTULO I	73
PRESUPUESTOS DE LA CESIÓN DE CONTRATOS.	73
CAPÍTULO II	79

APLICACIÓN GENERAL DE LA CESIÓN DE CONTRATO BASADA EN EL
PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: LA TRANSMISIÓN DE LAS
RELACIONES NACIDAS DE UN CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA
NOVACIÓN 79

CAPÍTULO III 94

ESTRUCTURA DE LA CESIÓN DE CONTRATOS..... 94

 A. La causa de la cesión de contratos..... 97

 B. El objeto del negocio de cesión de contrato..... 105

 C. El Consentimiento en la Cesión de Contratos..... 122

CAPÍTULO IV 131

EFFECTOS DE LA CESIÓN DE CONTRATO 131

 A. Efectos de la cesión de contratos perfecta..... 131

 1) Efectos de la perfección del contrato de cesión. 132

 2) Extinción de la relación contractual..... 140

PARTE V 147

CONCLUSIÓN..... 147

BIBLIOGRAFÍA..... 153

PARTE PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN

El presente estudio, pretende, de una manera esquematizada y práctica, el global entendimiento y apreciación de una institución totalmente nueva para nuestra legislación, como lo es la cesión de contratos, no así para el Derecho comparado, el que a través de los años ha ido desarrollándola; incluso hasta llegar a su total codificación.

La cesión de contratos, si bien no se encuentra regulada en nuestro Código Civil, es de gran importancia para el actual Derecho Privado Patrimonial, ya que permite la circulación expedita de derechos y obligaciones, logrando beneficios jurídicos y económicos para los sujetos del Derecho.

Las necesidades crecientes y complejas del tráfico jurídico han ido gravitando para que la cesión de contratos vaya adquiriendo cada vez más fuerza jurídica, tanto así, que países como Italia, Portugal y Holanda, entre otros, poseen una regulación expresa, aceptada por la generalidad de la doctrina; y en otras legislaciones como en Alemania, Méjico y Suiza esta figura tiene una existencia atípica, basada en la autonomía de la voluntad, sin existir por ello, mayores inconvenientes.

La velocidad que ha alcanzado el comercio en los últimos tiempos hace a veces necesario dar a los contratos una mayor circulación de la que han tenido hasta ahora, y permitir su cesión o transferencia entre vivos. La creciente celeridad en el desarrollo de las transacciones debe responder a una semejante movilidad de los contratos, los cuales son valores económicos idóneos para una determinada circulación.

El valor económico que tiene un contrato está en relación con la utilidad futura que el contrato está llamado a procurar. Si se le reconoce un valor económico al contrato, debe admitirse su capacidad para circular en el comercio jurídico. El fenómeno de la movilidad jurídica del contrato no es sino una muestra del fenómeno más general de la despersonalización de las relaciones obligatorias, que se demuestra

también en la creación de innumerables efectos de comercio y títulos documentarios concebidos, precisamente, para que puedan circular rápida y eficazmente.

La doctrina moderna se ha alejado cada vez más del mecanismo de la novación y ha ido elaborando, con una y otras construcciones, la figura llamada *cesión de contrato*, entendida como una institución o forma contractual autónoma y unitaria. Tanto la idea como el nombre –nos dice José Beltrán de Heredia- son italianos de origen, pero el término ha tenido tal fortuna, que traspasando las fronteras italianas, llegó inalterado a otros países, especialmente a Alemania y España.¹

Con ella se inicia una etapa de superación de las antiguas transmisiones particulares de las cualidades de acreedor y deudor -cesión de créditos y novación de deudas-, al ser admitida la cesión del contrato mismo. No obstante, como lo hace notar el profesor antes citado, el nombre que se le ha dado a la nueva figura carece de claridad y “conduce al error de estimar que lo que se intenta ceder es la totalidad del contrato en bloque, es decir, en lo que afecta a ambas partes contratantes, mientras que la realidad es que sólo se contempla la cesión de los efectos contractuales de una de las partes, continuando intacto todo lo demás, que no se cede, sino que se limita a resentirse de las consecuencias de la cesión”.²

La base de la construcción de esta figura estriba en que el objeto de la cesión son las *relaciones jurídicas derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas*. No se ceden créditos ni deudas, sino *algo* principal –relaciones jurídicas completas- de las que los derechos y obligaciones no son más que pertenencias. Se exige, como es natural, el consentimiento preventivo o sucesivo del acreedor, y la doctrina comparada ya no tropieza con el inconveniente de si este consentimiento constituye o no novación, y por tanto, quede extinguida la relación originaria y nazca a la vida jurídica otra nueva de igual contenido.

¹ GARCÍA-AMIGO, Manuel. “La cesión de contratos en el Derecho español”, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1963, pp. XVIII y ss.

² *ibid.* p. XIX.

La *cesión de contratos*, que constituye el tema del presente estudio, es producto de las reacciones a las necesidades actuales frente a un sentido demasiado rígido y estático de las relaciones contractuales, que impide la sucesión en sus titularidades o, simplemente, la modificación de aquellas desde el punto de vista subjetivo; y este es precisamente, el objeto de este estudio: intentar en nuestra legislación, encuadrar dichas modificaciones subjetivas de la relación contractual dentro de nuestro Código Civil, el cual no regula expresamente esta figura; ello, sin dejar de lado, por supuesto, los principios generales que inspiraron el Código de Bello, así como tampoco, las normas de contratación basadas en un principio tan valorado hoy en día, como lo es la autonomía de la voluntad.

La cesión de contrato puede examinarse como una modificación subjetiva del contrato que se cede. En este caso, la atención se concentra en el momento de dicha modificación: quedan en la penumbra los motivos por los que una de las partes se aparta del contrato y pasa a primer plano la intervención del cedido que autoriza la modificación. Pero la cesión de contrato también puede examinarse como un pacto entre cedente y cesionario por virtud del cual el primero pretende sustraerse del contrato y el segundo ingresar en él. En ese caso no se olvida la modificación del contrato cedido, pero se deja este aspecto en segundo plano, para un momento posterior: la atención se centra en el pacto entre cedente y cesionario, de modo que se da énfasis al hecho desencadenante del fenómeno de la cesión. Esta segunda manera de examinar la cesión de contrato admite mayor flexibilidad a la hora de conceptuar esta institución, conlleva a una situación menos concreta, pero que por las anteriores consideraciones, parece un enfoque más realista.

La flexibilidad en la descripción del fenómeno exige examinar de cerca los dispositivos o instrumentos que están a su servicio, los conductos jurídicos que canalizan los efectos que el Derecho atribuye a la voluntad de las partes en la cesión. Este examen es útil por cuanto parece que dichos dispositivos no son otros que los que conoce el Derecho de Obligaciones, sin necesidad de innovaciones referidas a la figura de la cesión de contrato.

La cesión de contratos como institución relativamente nueva que es no se encuentra reglamentada en nuestro Derecho. En él sólo se contempla la sucesión *ope legis* a título singular, por el sólo ministerio de la ley, la que encontramos por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, artículo 1962 del Código Civil. Sin embargo, respecto de la cesión contractual “propiamente tal” sí que no hallamos absolutamente nada, pues sólo se contempla la cesión de derechos, pero no la transmisión de deudas, punto candente en el cual topamos para alcanzar la cesión del contrato, como veremos más adelante durante el desarrollo de este estudio.³

Por las razones antes expuestas, y como se desarrollará, creemos que la cesión de contratos puede tener cabida, como regla general, en nuestro Derecho, fuera de los casos expresamente aceptados *ope legis*.

No obstante lo anterior, sería conveniente, que en una reforma a nuestro Código Civil, esta institución sea incorporada a nuestra legislación, y así para una mayor celeridad y efectividad, dotar a esta relativamente nueva pero ya conocida figura jurídica, de un estatuto propio.

³ GALÁN SOLANO, Rosa. “La Cesión del Contrato”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Edit. Jurídica de Chile, 1963, p. 10.

PARTE I

NOCIONES BÁSICAS

CAPÍTULO I

LA RELACIÓN CONTRACTUAL

A. Conceptos.

“La relación jurídica no es otra cosa que una relación de la vida práctica, a la que el derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o en otros términos, una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte por el Derecho”.⁴

Considerando que el contrato, en cuanto negocio jurídico bilateral, es fuente de relaciones jurídicas obligatorias, queda por preguntarse si el contrato, en sí mismo puede considerarse a su vez como relación jurídica.

Observando atentamente la realidad jurídica de la institución “contrato”, podemos distinguir en ella diversos significados o acepciones, en orden a la función que este desempeña, facetas distintas, de una misma y única cosa, de una realidad jurídica que es el contrato; y éstas son a saber:

- El contrato como fuente de obligaciones.
- El contrato como norma objetiva reguladora y determinante de la relación contractual y de su contenido, artículo 1545 del Código Civil⁵; y

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español común y foral”, Tomo I, Vol. 2, Edit. REUS S.A., Madrid 1952, p. 5 y ss.

⁵ Cada vez que se cite un artículo sin indicar el cuerpo legal a que pertenece, ha de entenderse que la referencia es al Código Civil chileno, igualmente si se habla de Código Civil sin indicar el país en el que rige. En otras ocasiones dicho Código será mencionado tan sólo con las indicaciones CC.

- El contrato como expresión de los efectos jurídicos originados por el contrato-fuente y regulados por el contrato-ley. Y, como se traduce en un vínculo que liga a las partes contratantes, lo denominamos **relación contractual**.

Esta última acepción debe admitirse por la razón de que en la fase de la ejecución el contrato no sería ya un negocio jurídico, sino precisamente una relación que media entre las partes y que consiste en una “situación” que se ha establecido entre las mismas. Así los artículos 1489 y 1552 de, que establecen las instituciones de la condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido respectivamente, no se refieren al contrato, sino que a las obligaciones incumplidas que nacen de él; por esto podemos decir que lo que se encuentra en juego es la obligación, el efecto del contrato y no el contrato mismo.

El contrato como relación contractual es “el *vinculum iuris* que liga a las partes contratantes y que subsiste entre ellas desde el instante de su nacimiento hasta el de su extinción, es decir, entre los momentos de perfección y consumación del contrato”⁶, o de una manera más acotada como la define Messineo: “relación contractual es la relación obligatoria que nace del contrato”⁷

El concepto de relación contractual, que comúnmente se resume como lo expresa el autor citado, en el enunciado “derechos y obligaciones nacidas de un contrato” es, hoy por hoy, en el moderno Derecho de Obligaciones, uno de los conceptos que alcanza gran relevancia, y además, necesario para posibilitar la actuación de una serie de principios e instituciones operantes en el moderno Derecho Civil Patrimonial: las teorías de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la imposibilidad sobrevenida en los contratos bilaterales o teoría de la imprevisión, la mejor comprensión de la *exceptio inadimpleti contractus*, etcétera, instituciones todas que presuponen la existencia necesaria de este concepto. Sin el concepto de relación

⁶ GARCÍA AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 26.

⁷ MESSINEO, Francesco. “Doctrina general del contrato” traducción de R.O. Fontarrosa, S. Sentis Meledo, M. Volterra, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952, Tomo I, p. 45.

contractual resulta de difícil comprensión la bilateralidad funcional o interdependencia que liga las prestaciones de las partes en los contratos recíprocos.

Ahora bien, hay que distinguir de la relación contractual la simple *relación obligatoria*, o simplemente obligación en el sentido tradicional y clásico de esta palabra, constituida ésta, por un crédito-deuda aislado, independiente y con sustantividad propia, que liga también necesariamente a dos personas -aunque pueden ser más-. Éstas pueden ser las mismas de la relación contractual, que es la regla general, o una de ellas con un extraño a ésta, como sucede en la estipulación a favor de otro. Es también una unión jurídica que vincula a los obligados, y que tiene dos caras: acreedora y deudora; pero ambas, de la misma cosa, de un único derecho subjetivo.

Esta distinción es admitida por casi toda la doctrina que acepta el concepto de relación contractual; así García Amigo⁸ en su obra “La cesión del contrato en el Derecho Español”, cita a los autores alemanes Ennecerus-Lehmann, los que en su obra “*Schuldrecht*”, escriben al respecto que la expresión “*Schuldverhältnis*” puede ser concebida en un doble sentido: en el sentido amplio de una especial relación jurídica entre dos personas determinadas de la cual pueden deducirse pretensiones singulares y concretas para una o las dos partes, así como otros derechos, por ejemplo la facultad de resolución; y también en un sentido estricto de pretensión singular obligatoria, derivada de aquella especial relación, es decir, como un derecho de crédito particular, existiendo un parecido con la relación real de propiedad de la cual nacen singulares facultades.

Pero mientras la relación contractual es compleja, la relación obligatoria es simple. Esta segunda relación viene a ser como un átomo de una molécula que fuese la relación contractual; la relación obligatoria vendría a ser el concepto más simple, no se podría descomponer, es un elemento integrante de la relación contractual. Por eso calificamos a la relación contractual de compleja, compuesta muchas veces de relaciones obligatorias comprendidas en la misma, las cuales gozan de sustantividad propia, aunque no siempre de autonomía. Así, en los contratos de prestaciones

⁸ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.* p. 30.

recíprocas, las relaciones obligatorias se ligan en una interdependencia armónica, constituida por la sinalagmaticidad que les presta el nacer de un mismo contrato, y a la vez, ser causa recíproca la una de la otra a lo largo de la vida de la relación jurídica.

Además la ley confiere otros efectos jurídicos a la relación contractual, distintos de los créditos y deudas que, aunque actúen sobre éstos, son diversos e independientes de ellos. En efecto, del contrato nacen además de créditos y deudas determinadas y concretas, otra serie de derechos, facultades y expectativas jurídicas: las acciones de nulidad, rescisión, resolución y demás previstas por la ley. Estas no forman parte del crédito o de la deuda, ya que se limitan a una situación fáctica determinada con efectos reconocidos por el Derecho, tales como el incumplimiento del contrato, vicios de éste en su origen, etc. Pero aquellas facultades existen derivadas del contrato y se dan precisamente entre las partes. Por otro lado, la actuación de dichas facultades repercute indirectamente en los propios créditos y deudas, lo que nos lleva a concluir que todos estos efectos contractuales están conectados en una relación que los reúne y da sentido unitario a ésta.

Pero además de estas acciones y facultades que pueden nacer en todo contrato, se producen otros deberes para ambas partes, y especialmente para el deudor; son los llamados deberes secundarios o deberes de conducta, como lo son el actuar de buena fe, con la diligencia debida o con la de un buen padre de familia, o con la que se estipule en el contrato, según lo establece nuestro Código Civil a lo largo de su articulado.

La relación contractual no es más que una relación de la vida económico-social, tomada en cuenta por el Derecho, que la eleva a rango de relación jurídica, así diseñada, presenta la siguiente estructura:

1. Elemento subjetivo: que en principio es doble, como se deduce del artículo 1438⁹. Ahora bien, existe la posibilidad de los llamados contratos plurilaterales. En todo caso hay que distinguir entre sujeto contractual y parte contractual, ambos

⁹ Artículo 1438: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas."

conceptos normalmente coinciden, pero no es necesario, ni siempre ocurre. Podemos decir que el concepto de parte contractual, el cual extraemos del artículo 1.321¹⁰ del Código Civil Italiano, es el “centro de intereses” que existe en cada polo de la relación contractual.¹¹

2. Elemento objetivo: integrado por las prestaciones respectivas, ya sean de dar, hacer o no hacer, según lo expresa el artículo 1438.
3. Elemento funcional: o causa, consistente en la función económica-social que el contrato cumple: intercambio de los bienes que se determinen según el tipo de contrato en cuestión.
4. Contenido: está constituido por una serie de efectos jurídicos que la relación contractual produce, y que se contienen en el vínculo o relación que media entre los contratantes. Estos efectos, al polarizarlos en cada una de las partes, al subjetivarlos en cada una de ellas, constituyen una especie de *status* o posición contractual, y será ésta titularidad de parte contratante, la que será objeto de la cesión de contratos; y su transmisión o transferencia será la función económica-social de la misma, su causa.

B. Contenido y situación jurídica de parte contractual

Analizando el concepto de posición de parte contractual, encontramos que en él se contienen una serie de derechos y facultades junto a deberes de prestación y de otra naturaleza, de distinta categoría y tipo; pero todos ellos formando un conjunto unitario implícitos en la relación contractual, de la cual algunos no pueden separarse y vivir independientes; y este todo unitario -unitariamente orgánico e interdependiente en su pluralidad- se constituye:

- Por todos los créditos que nacen del contrato bilateral para una de las partes contratantes, ya sean principales como accesorios, y estos últimos son los que

¹⁰ Artículo 1321: “Il contratto é l’accordo tra due o piú parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”. En español: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial.

¹¹ MESSINEO, Francesco. *op. cit.* p. 74.

garantizan un valor patrimonial equivalente al de la prestación para el caso de incumplimiento, un subrogado de la prestación: hipoteca, prenda, fianza, etc.

- Por los deberes de prestación que nacen para la misma parte en compensación de los impuestos a la contraparte.
- Por los llamados derechos potestativos contractuales, que se configuran como facultades a favor de una o las dos partes contratantes. El objeto de actuación de los mismos es la propia relación contractual, sobre la que se ejercitan para modificarla o extinguirla: acciones de resolución, nulidad, etc.
- Por todos los demás deberes secundarios o accesorios que impone el Derecho Privado Patrimonial a las partes por el hecho, de haber entrado en una relación contractual: deberes de conducta y, concreta y fundamentalmente, el de actuar de buena fe, el no abuso del derecho, etc.

El crédito o faceta activa de la relación contractual. Después de todo lo expuesto, podemos deducir que el concepto de relación contractual en su lado activo se caracteriza en el Derecho actual por las siguientes notas esenciales:

- Consiste fundamentalmente en una actividad personal, que en las obligaciones contraídas "*intuito personae*", debe efectuar necesariamente el deudor; en otro caso, que es lo normal, puede perfectamente ser pagada por un tercero distinto del deudor, si el acreedor lo consiente, o la ley lo dispone -sea la ley del contrato o la ley propiamente tal-.
- Esta actividad personal es patrimonializable, esto es, si en el caso que fallase el cumplimiento específico -voluntario o forzoso-, puede resarcirse el acreedor en los bienes afectos al cumplimiento, ya sean del deudor si los tuviere o si los hubiese enajenado fraudulentamente y se le debieren; o de terceros, si el deudor hubiere prestado garantía personal o hipotecaria.
- El cambio de la garantía patrimonial no afecta a la identidad del débito; siempre que sea autorizado por la ley o por la voluntad de los que, en el cobro de la prestación pudieran estar interesados, puede actuarse, por tanto, incluso en la

sustitución de patrimonios garantes, por el cambio de deudor, sin que la identidad de la obligación sufra en lo más mínimo.

Los derechos potestativos. Junto a los derechos de crédito, encontramos en la posición de parte contractual, otro tipo de facultades a las que no corresponde una prestación en la contraparte, es más, debe la contraparte tolerar y soportar el ejercicio de ellos por su titular; su esencia consiste en modificar o extinguir la relación contractual que intercede entre los contratantes en virtud del contrato.

Una de las características más relevantes de estos derechos es su inseparabilidad de la relación contractual de la que nacen, por lo que se ha escrito que, por regla general, tales derechos no son separables del todo contractual, ni por lo que se refiere a su existencia ni por lo que se refiere a su eficacia, y pertenecen a las partes contratantes, en cuanto tales, sean compradores, arrendadores, prestamistas, etc.

Entre los típicos derechos potestativos que pueden nacer de un contrato podemos señalar: la condición resolutoria tácita establecida en el artículo 1489; la excepción de incumplimiento o “la mora purga la mora” del artículo 1552 de nuestro Código; la acción de nulidad o rescisión establecida en el artículo 1681 del mismo cuerpo legal; la facultad de resciliación, como en el caso del desahucio en el contrato de arrendamiento, etc.

La deuda o faceta pasiva de la relación contractual. Es la cara pasiva de la relación contractual, los deberes que, como contrapartida, vinculan al contratante con la otra parte. Observando atentamente encontramos en la posición de parte contractual, una serie de deberes, además del de prestación o deuda, en conexión al Derecho de crédito.

A la luz de las publicaciones alemanas sobre Derecho de Obligaciones¹², podemos señalar los siguientes tipos de deberes posibles y reales, constitutivos de la posición de contratante:

1. El deber de prestación: es el deber de realización de una conducta, ya sea de dar, hacer o no hacer, prestación fundamental en virtud de la cual toda la relación contractual existe y que la tipifica y configura.

2. Deberes secundarios y sucedáneos: son los deberes accesorios de la prestación principal, no implican una novación, pero alteran la prestación en su objeto, y constituyen por tanto, una modificación objetiva de la misma, entre estos podemos distinguir:
 - Las prestaciones sucedáneas del deber de prestación primario, como es la indemnización de daños y perjuicios causados por la imposibilidad sobrevenida, artículo 1670.
 - Podemos formar otro grupo de prestaciones accesorias que coexistan al lado de la prestación principal sin sustituirla, como lo sería la indemnización *id quod interest* a causa de la mora o retraso responsable del deudor en el cumplimiento del deber de prestación (artículos 1537, 1551, 1556 y 1557); también la prestación de daños sufridos por el cumplimiento defectuoso de la prestación principal, es decir, lo que en nuestro Código Civil se conoce con el nombre de saneamiento, ya sea por evicción o por vicios ocultos en la cosa objeto de la prestación, bien en la compraventa o en otros contratos que la impongan; igualmente en el caso del arrendamiento el deber de tolerar las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio en estado de servir para el uso que se le destina.

¹² STOLL, "Vertrag und Utrecht" Tübingen, 1943, *apud* García-Amigo, *op. cit.* p. 57, establece: "Mediante la relación contractual se crean no solamente deberes concretos del deudor, sino que nace una relación entre acreedor y deudor, una relación comprensiva de los derechos y obligaciones, que no se agota con el cumplimiento de los deberes del deudor." En consecuencia las partes "se vinculan en una estrecha comunidad jurídica, existiendo en su base una relación de confianza". De ella nacen los deberes de protección, por los cuales, cada contratante "debe tomar en consideración los intereses de la otra parte", así se distinguen, en el contenido de la relación contractual "deberes de prestación y deberes de protección"

3. Deberes contractuales de conducta: son deberes distintos de los expuestos, y que, por tanto, no se pueden encuadrar en los supuestos anteriores. Así por ejemplo, el deber general de buena fe y los usos del tráfico, artículo 1546.

C. Carácter unitario de la relación contractual.

Ahora bien, este complejo de efectos jurídico-obligacionales que integran la relación contractual en su contenido, y que al subjetivizarlos, constituyen la posición de contratante o “*status*” de parte en el contrato, no es una simple situación de colocación de unos al lado de otros, una mera adición de cosas independientes, sino que se integran y complementan de manera que cada uno de sus elementos otorga sentido al otro formando una unidad de relación contractual. Esta unidad, no se perjudica por la complejidad de su contenido, que puede disminuirse por su cumplimiento parcial o por la simple prescripción de los singulares créditos que se van extinguiendo; como por ejemplo en la relación contractual de suministro, cuyos créditos van venciendo periódicamente y extinguiéndose, sea por su cumplimiento, sea por su prescripción; en este caso como en otros, la relación contractual permanece vigente, aunque su contenido va disminuyendo gradualmente. Y aunque se alteren alguno o alguno de sus elementos estructurales, ya sea modificándola en su objeto o en sus sujetos –y siempre que ello no implique una novación- la relación contractual sigue existiendo idéntica, y así ha sido reconocido por el Derecho comparado.

De ello se deduce que la relación contractual es unitaria en sí, como vínculo jurídico de naturaleza obligacional. Y este concepto de relación contractual es el exigido por la realidad jurídico-obligacional moderna, con ella pueden arbitrarse una serie de mecanismos jurídicos que permiten satisfacer plenamente una serie de demandas que la problemática económico-social presenta a la técnica jurídica contemporánea en la dinámica patrimonial.

Las consecuencias que en orden al problema concreto de la transmisión de la situación jurídica de parte, derivan del concepto de relación contractual que se adopte, posición esencial para este tema. Para nosotros, relación contractual es, entonces, el vínculo que une a las partes y del cual emanan los efectos¹³ del contrato fuente, que son las relaciones que se determinan entre las partes –y a veces también frente a terceros- por el hecho de que el contrato quede concluido y, además, sea ejecutado. Estos efectos emanados de la relación contractual, constituyen un todo unitario, identificado con el contrato fuente del cual tienen su origen y además unitario en cuanto a los efectos de la ejecución de dicho contrato. Con ésta noción de relación contractual es posible dar satisfacción jurídica a las necesidades de transmisión de la misma: sólo con ello es posible construir una base teórica que permita estructurar la serie de casos concretos dispersos en las leyes especiales de nuestro Derecho, y la difícil temática que la jurisprudencia deba resolver.

¹³ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, Tomo II, p. 142. En este sentido, no ha de confundirse con los efectos el contenido del contrato, el cual es la perspectiva de lo que el contrato puede determinar como efecto y varía con el devenir de los caracteres técnico-jurídicos de cada grupo.

CAPÍTULO II

NOCIÓN DE LA CESIÓN DE CONTRATO

A. La transmisión de las relaciones nacidas de un contrato.

La sucesión. En el ámbito del Derecho Privado Patrimonial hay dos campos perfectamente delimitados: de una parte, lo estático, donde la única finalidad perseguida por el Derecho es la de prestar seguridad y permanencia a la relación jurídica. De otra parte, lo dinámico; el entrar y salir del sujeto en la relación; la aspiración del Derecho en ésta faceta es otorgar la máxima facilidad en los cambios, claro si que siempre dentro de una esfera de seguridad para la permanencia objetiva de las relaciones en juego. Así nos encontramos frente a dos áreas perfectamente seccionadas: la estática patrimonial y, frente a ella la dinámica.¹⁴

Dentro de la dinámica patrimonial, se sitúa el fenómeno general de la adquisición de los derechos que puede ser originaria o derivativa, dependiendo si va o no acompañada de la creación de aquellos. Ahora, cuando la adquisición lleva implícita la sustitución de algún sujeto de la relación contractual, nos encontramos ante el fenómeno jurídico conocido en el mundo del Derecho con el nombre de sucesión.

El Derecho concede protección a las relaciones jurídicas no sólo mientras están en un sujeto determinado, sino que también cuando la relación pierde uno o los dos sujetos en que se apoyaba, y que son su base, ha de asegurar su permanencia objetiva mediante el paso a otros titulares que sean el nuevo soporte jurídico de la misma. Y para realizar semejante cometido el ordenamiento jurídico ha creado la institución de la sucesión, que no es otra cosa que colocar o situar un sujeto en el lugar que otro ocupaba anteriormente, permaneciendo constante la identidad de la relación jurídica sucedida.¹⁵

¹⁴ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p.69.

¹⁵ *ibid.* p.71

El tipo de sucesión más común y explicada en el Derecho es el de la sucesión hereditaria. Según los artículos 588 y 951, podemos definir la sucesión por causa de muerte como “un modo de adquirir el dominio del patrimonio de una persona, o sea, el conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles o una cuota de dicho patrimonio”.¹⁶

La cesión del contrato opera entre vivos, pero esta comparación con la sucesión hereditaria nos sirve de ilustración. Y en todo caso, podría ser un argumento que sirva de base para implantar esta institución en nuestro Derecho positivo, pues la sucesión por causa de muerte produce la sustitución de la persona del difunto por sus herederos, teniendo lugar una cesión de contrato, si el causante hubiera celebrado alguno que se halle en fase de cumplimiento, lo que no cambia el fondo del asunto, pues así como la ley permite esta sucesión por causa de muerte, significa que no hay objeto ilícito que impida obtener este mismo resultado mediante una cesión a título singular entre vivos.¹⁷

El concepto de sucesión es de los más útiles para la continuidad de la vida jurídica, por ello es que todos los Derechos la admiten. Aceptamos pues, la postura tradicional, entendiendo la sucesión como el cambio “meramente subjetivo” de una relación jurídica, “la cual permanece una y la misma antes como después de la transmisión”.¹⁸ La identidad de la relación jurídica y la disparidad de los sujetos constituyen las notas esenciales de la verdadera sucesión.

Derivada de esta identidad, la relación objetivamente considerada, resulta que la posición jurídica del sucesor es la misma que la de su antecesor en orden a la

¹⁶ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “Derecho Sucesorio”, Edit. Jurídica de Chile, 2ª ed. Actualizada, 1998, Tomo I, p. 15.

¹⁷ GALÁN SOLANO, Rosa. *op. cit.*, p. 13.

¹⁸ Es por este efecto que la voz “transmisión” –generalmente empleada para la institución de la sucesión por causa de muerte- utilizada en el artículo 1608 de nuestro Código Civil, que define el pago con subrogación, está correctamente empleado, pues el artículo 1612 del mismo cuerpo legal emplea nuevamente la voz *traspasa*, aunque sea *inter vivos*, y no *transfiere*, para establecer que el nuevo acreedor adquiere los mismos derechos, acciones, privilegios, etc. del antiguo acreedor. (Posición adoptada según la cátedra de Derecho Civil impartida por el profesor Luis Bustamante S. en la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.)

relación sucedida; y está constituida por una serie de facultades jurídicas que integran el contenido de aquélla y que permanecen sin alteración en el cambio.

En consecuencia, la posición jurídica del causahabiente descansa, de una parte, en el hecho del cual nació el derecho para el causante, pero también en el negocio o ley que produjeren la transferencia de la relación, si bien sean independientes uno y otro fenómeno jurídico.

De lo expuesto se deduce que el sucesor jurídico no puede adquirir un derecho más amplio que el que su causante tenía. En cambio, puede perfectamente suceder en una relación de contenido más limitado. En efecto, la sucesión puede transferir el derecho como existía en el anterior titular o, reservándose éste alguna de sus facultades y transmitir al adquirente las demás.

Pero todo esto tiene una causa real, un motivo concreto: el *factum* de la sucesión. Este tiene lugar, o por virtud de la ley, o de la voluntad privada, cuya eficacia se reconoce por aquélla. Ambas formas de producirse descansan en un acto de voluntad, ya sea del legislador -sucesión legal- o de las partes -sucesión voluntaria-.¹⁹

La sucesión en los Derechos. Una de las características de los derechos personales es su temporalidad, que los distingue precisamente frente a los derechos reales. Durante este tiempo pueden: o permanecer siempre igual, totalmente inalterados, o experimentar modificaciones que afecten a cualquiera de sus elementos constitutivos por las causas o procedimientos determinados. Pero todas las alteraciones que pueda experimentar una relación obligatoria, la denominamos bajo el nombre de “modificación de las obligaciones”, en cuyo concepto comprendemos toda mutación o cambio posible que una obligación experimente después de nacer y antes de extinguirse.

¹⁹ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 73.

Propiamente hay modificación o variación de la obligación cada vez que, sin extinguirse, experimenta alteraciones de cualquier naturaleza que ella sea, en alguno de sus elementos integrantes.²⁰

Pero una advertencia se impone de antemano: para que haya modificación de la obligación es necesario que ésta no se extinga. En caso contrario, no hay propiamente variación, sino sustitución de una obligación a otra. En toda esta parte está latente el problema de la novación que será tratado más adelante.

Así, pueden alterarse las obligaciones en su objeto y en los sujetos; en el primer caso, la modificación se denomina objetiva (fraccionamiento del pago, cambio de lugar del cumplimiento del pago, etc.); en el segundo supuesto la calificamos de subjetiva, ya que afecta al titular activo o al pasivo de la relación.

Ahora bien, las modificaciones subjetivas pueden producirse:

- O variando el número de los sujetos, por ejemplo cuando al vínculo advienen o se suman otras personas que las originalmente obligadas.
- O sustituyendo titulares, es decir, por ingreso de una parte en la misma posición que el anterior tenía en la relación de que se trate. En este caso, las modificaciones subjetivas reciben el nombre técnico específico de transmisión o transferencia, si esta modificación se realiza por acto entre vivos²¹; y concretando más aún, la sustitución en una posición obligatoria activa se designa con el término “cesión”: por ejemplo, la cesión de créditos o de contrato, si la sustitución tiene lugar convencionalmente; mientras que se designa “subrogación” si ocurre por virtud de la ley; en cambio, si la sustitución es de titularidades pasivas, se denomina “asunción”, por ejemplo: asunción de deudas.

²⁰ ABELIUK MANASEVICH, René. “Las obligaciones”, Edit. Jurídica de Chile, 2003, 4ª ed., Tomo II, p. 923.

²¹ En este estudio utilizaremos indistintamente la voz “transmisión”, ya sea que opere a causa de muerte o *inter vivos*, no interesa la fuente de la sucesión sino que sus efectos.

La transmisión de obligaciones se ha definido como: “La aptitud de las mismas para derivarse de uno a otro sujeto sin alteración de su esencia”²², es decir, permanecer unas y las mismas antes como después de la transmisión. Por todo esto, la transmisión de las obligaciones no es otra cosa que una forma de sucesión, precisamente a título singular, inter vivos y contractualmente causada.

Para el supuesto de que las obligaciones nazcan de un contrato, la transmisión de las mismas puede hacerse: o sustituyendo la persona que representa al sujeto activo o la del pasivo de una relación obligatoria singular; pero también puede transmitirse la titularidad de “parte contractual”, dando lugar a una *sucesión en una posición jurídica* de doble signo: activo y pasivo a la vez. Las formas que la técnica jurídica ha creado para realizar estas posibilidades son las siguientes:

a) Formas de transmisión activa:

- Cesión de créditos: contractualmente producida.
- Subrogación personal: legalmente causada.

b) Formas de transmisión pasiva o asunción de deudas.

c) Formas de transmisión activo-pasiva:

- Doble negocio de asunción de deudas y cesión de crédito.
- Cesión de contrato o de relación contractual sinalagmática.

La sucesión en la relación contractual. Entendemos por sucesión en la relación contractual, aquel fenómeno jurídico en virtud del cual la *totalidad* de los efectos jurídicos constitutivos de la posición de parte contratante, al momento de la transmisión, pasan a un tercero, ajeno originariamente al contrato.

Nuestro estudio se limitará a la cesión de la relación contractual, es decir, a la sucesión voluntaria e *inter vivos* de la misma. No nos interesa por tanto:

- La sucesión *mortis causa* en el contrato, basados en los artículos 951²³ y 1097²⁴.

²² GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 75.

²³ Artículo 951: “Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos.”

- La sucesión del contrato por obra de ley, es decir, la subrogación legal del contrato, en nuestra legislación: el contrato de arrendamiento: artículo 1962²⁵ del Código Civil y contrato de seguro: artículo 530²⁶ de nuestro Código de Comercio, entre otros.
- La cesión cumulativa o imperfecta de la relación contractual, ya produzca mancomunidad solidaria o subsidiaria. Aquí no se realiza una sustitución de sujetos, sino que sencillamente se produce el ingreso de uno nuevo al lado de uno originariamente obligado por el contrato.

La cesión. Nuestro Código no ha definido esta institución, de aquí que se hayan originado diversas discusiones doctrinales acerca de su naturaleza jurídica. Algunos han estimado que es un contrato²⁷ y otros que es una especie de tradición. Esta última doctrina, que a nuestro juicio es la correcta, se apoya en los siguientes argumentos²⁸:

- La cesión no es una especie de venta dado lo dispuesto en el artículo 1810, donde se demuestra que el legislador reglamentó la venta de los derechos personales, pues estos quedan comprendidos dentro de los bienes incorporales.
- El artículo 699 que se refiere a la tradición de los derechos personales, prescribe que ella se efectúa por la entrega del título, y el artículo 1901 y siguientes del Código Civil no hacen sino reglamentar la institución a que alude el artículo 699.

²⁴ Artículo 1097 inciso 1º: “Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.”

²⁵ Artículo 1962: “Estarán obligados a respetar el arriendo:

1. Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo.
2. Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios;
3. Los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces, antes de la inscripción hipotecaria.

El arrendatario de bienes raíces podrá requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura”.

²⁶ Artículo 530 Código de Comercio: “Transmitida por título universal o singular la propiedad de la cosa asegurada, el seguro correrá en provecho del adquirente, sin necesidad de cesión, desde el momento en que los riesgos le correspondan, a menos que conste que evidentemente el seguro fue consentido por el asegurador en atención a la persona asegurada”.

²⁷ Los autores que se inclinan por esta opción discrepan a su vez sobre si se trataría de un contrato consensual o real, apoyándose éstos últimos en lo que establece el artículo 1901.

²⁸ GALÁN SOLANO, Rosa. *op. cit.*, p. 51.

- Los términos en que aparece redactado el artículo 1901 constituye una argumentación suficientemente fuerte para no aceptar la cesión como un contrato. En efecto la frase "...la cesión de un crédito personal a cualquier título que se haga...", parte de la base que existe un título translaticio de dominio que puede ser una compraventa, donación, permuta, etc., y esto no hace más que corroborar los principios existentes en nuestra legislación, pues en ella se requiere que toda tradición deba ir precedida de un título translaticio de dominio.

La cesión es una convención por la cual una persona llamada cedente transfiere voluntariamente sus derechos y obligaciones a otra que pasa a ocupar su lugar y que se denomina cesionario.²⁹

La cesión es un negocio jurídico porque se realiza con el fin de producir un efecto jurídico. Es un negocio jurídico bilateral, pues requiere para su formación la concurrencia de dos o más voluntades destinadas a producir un efecto jurídico. Siendo la cesión una especie de tradición, necesita ir precedida de un título cuya naturaleza no la determinó el legislador, pero se comprende que debe tratarse de un título translaticio de dominio, el que puede ser oneroso o gratuito.

La asunción de deuda y la novación. Podemos entender por asunción de deudas a "la figura jurídica por medio de la cual, por contrato celebrado entre las partes o por disposición de la ley, un nuevo deudor se subroga al deudor originario en una deuda ya existente, quedando liberado este último y subsistiendo con el nuevo deudor la misma obligación primitiva"³⁰.

En nuestro Código Civil no existe referencia a ella, y se dice que lo más próximo que podemos encontrar a esta figura es la novación subjetiva por cambio de deudor. Este tipo de novación se encuentra establecida en el artículo 1631. La novación por cambio de deudor puede ser de dos clases:

²⁹ *ibid.* p. 52.

³⁰ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. "El patrimonio", Edit. Jurídica de Chile, 1997, p. 217.

- Por delegación³¹ perfecta o liberatoria, que es aquella novación que tiene lugar cuando los tres polos de intereses –acreedor, deudor originario y nuevo deudor– concurren con su voluntad a producir la novación. A este tipo de novación se refiere el inciso final del artículo 1631 cuando señala que la novación por cambio de deudor puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.
- Por expromisión³² liberatoria, que es aquella novación que no requiere de la concurrencia de la voluntad del deudor originario, pero que necesita en todo caso de la voluntad de los otros dos polos de interés, esto es, del acreedor y del nuevo deudor. El mismo artículo 1631 en su inciso final autoriza este tipo de novación, cuando expresa que ella puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor.

Cualquiera que sea la forma como la novación se efectúe, una vez perfecta, sus efectos son los mismos, es decir, se sustituye una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida, de acuerdo a la definición del artículo 1628.

Requisitos esenciales para que exista novación:

- Consentimiento del acreedor, que según el artículo 1635, debe ser expreso, sino se entenderá que el tercero es sólo diputado para el pago, o será un obligado solidario o subsidiario con el primer deudor según se entienda del tenor de las estipulaciones .
- Consentimiento del nuevo deudor. El consentimiento del deudor originario no es requisito de la novación por cambio de deudor. Si ese consentimiento existe se producirá la novación por delegación perfecta o liberatoria, si no existe se producirá la novación por expromisión liberatoria. En esta parte, nuestro Código

³¹ Figura en la cual el antiguo deudor (delegante) asigna a otra persona, un tercero (delegado) para que asuma las obligaciones del primero frente al acreedor (delegatario). Puede ser perfecta o liberatoria, si el primer deudor queda libre, o imperfecta o delegación simple o acumulativa, en caso de que no quede libre el primer deudor y el segundo se venga a agregar a la obligación.

³² La expromisión consiste en el hecho de que un tercero, sin intervención del deudor, se ofrezca a asumir frente al acreedor la deuda de otro. La expromisión es simple o acumulativa cuando no se libera al primer deudor, esto es la adpromisión, o liberatoria cuando el único obligado es el tercero.

Civil reproduce para la novación el mismo principio que el artículo 1572 ya había consagrado para el pago, esto es, que puede pagar a nombre del deudor cualquier persona a nombre de éste, aún sin su consentimiento o contra su voluntad.³³

- Sustitución de una obligación válida que se extingue por una nueva que nace también válida, artículos 1630 y 1633.
- Que entre la nueva y la antigua obligación existan diferencias sustanciales, artículos 1646, 1647, 1648, 1649 y 1650.
- Capacidad de las partes para novar, artículo 1629.
- Que exista intención de novar o *animus novandi*. El artículo 1634 exige como requisito de la novación que la intención de novar sea indudable, pero no es indispensable que esa intención se declare expresamente, ella puede ser expresa o tácita. Además, en la novación por cambio de deudor se requiere que el acreedor expresamente libere al antiguo deudor, según el artículo 1635.

En cuanto a las garantías accesorias, la novación extingue éstas, según el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sin perjuicio de que las partes puedan acordar lo contrario, conforme a la autonomía de la voluntad, tema que no trataremos por extender el objeto de este estudio.

Volviendo a la asunción de deuda, ésta se constituye principalmente por tres sujetos:

- acreedor o cedido,
- antiguo deudor o cedente, y
- nuevo deudor o cesionario.

En la asunción de deudas existirá una subrogación personal del nuevo acreedor en la misma relación obligatoria que existía entre acreedor y antiguo deudor.

³³ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *op. cit.*, p. 214.

El contrato de asunción de deuda puede celebrarse de dos maneras:

- Mediante un acuerdo entre acreedor y el nuevo deudor, el cual produce efectos en beneficio del deudor originario, pero no requiere del consentimiento de este último.
- Mediante un acuerdo entre ambos deudores, que requerirá para su eficacia de la ratificación del acreedor.

Entre la asunción de deudas y la novación por cambio de deudor existen diferencias fundamentales, puesto que en la primera figura se conserva la primitiva relación obligatoria, la que debe también conservar en principio todos sus accesorios originarios -cauciones, modalidades, garantías-; en tanto que en la novación por cambio de deudor, la relación primitiva se extingue –y con ella se extinguen también sus accesorios, salvo reserva expresa en los casos en que ella sea procedente- y se da nacimiento a una “nueva” relación entre acreedor y el nuevo deudor.³⁴

Un examen superficial de los preceptos de nuestro Código Civil parece demostrar que en él no se concibió la subsistencia de la relación obligatoria más allá del cambio del sujeto pasivo, cuya sustitución consentida por el acreedor produciría siempre la novación de la obligación. Nuestro Código Civil aceptó en cambio; que un nuevo deudor se agregara al deudor originario, sea solidaria o subsidiariamente, manteniéndose la primitiva relación obligatoria, es decir, sin liberación del primitivo deudor. Todo lo expresado parecería desprenderse del artículo 1635.

Sin embargo, y a pesar que aparentemente no se admitió en nuestro Código Civil la asunción de deudas con los alcances que hemos dado a esta institución, existen disposiciones que nos hacen dudar acerca de esta conclusión, y son específicamente el artículo 1700 inciso segundo y la institución del mandato oculto del artículo 2151, situación esta última en donde los efectos del negocio realizado por el mandatario se radicarán en el patrimonio de éste y no en el del mandante como sería lo normal, y en donde posteriormente el mandatario estará obligado a transferir esta relación a su mandante. Pues bien, ¿y a través de qué medio se transmitirá esta relación nacida de

³⁴ *ibid* .p. 217.

un mandato oculto, si ésta posee elementos activos y pasivos? No queda más respuesta que aceptar que el Código Civil concibió la posibilidad de existencia de la transferencia del lado pasivo de la relación contractual cuando nos encontramos, por ejemplo, frente a estas dos situaciones planteadas.

¿Siempre, es decir, necesariamente existe novación en el caso del artículo 1635 cuando el acreedor da por libre al antiguo deudor?

¿Qué sucede si el acreedor da por libre al antiguo deudor y no expresa intención de novar, es decir, omite cualquier insinuación al respecto de la novación?

El artículo 1635 no permite por sí solo llegar a la conclusión de que existe novación cuando el acreedor libera al antiguo deudor, ya que faltan aún los demás, requisitos para que exista novación, que no se han cumplido todavía; además el artículo 1635 señala el consentimiento del acreedor sólo como uno de los tantos requisitos para que se produzca novación. Según el artículo 1634 del Código Civil las partes deben declarar o aparecer indubitable su intención de novar, y mientras esto no exista no habrá novación.

Por consiguiente, para que haya novación según los artículos 1634 y 1635 deben concurrir copulativamente dos requisitos³⁵:

- Que el acreedor exprese su voluntad de liberar al primitivo deudor, y
- Que las partes manifiesten su intención de novar, o que esa intención aparezca indudablemente de la convención celebrada entre ellos.

¿Qué sucede si se da sólo el primer requisito y se manifiesta expresamente la intención de no novar y de mantener vigente la misma obligación originaria con subrogación de un deudor por otro?

La conclusión, establecida por el profesor Gonzalo Figueroa³⁶ y a la que adherimos plenamente, es que en el supuesto planteado no se produce la novación por

³⁵ *ibid* .p. 220

cambio de deudor. Se produce sí el efecto querido por las partes, cuando declararon su intención de dar por libre al primitivo deudor, que en lugar de provocar la novación, declara que dicha novación no se produzca, y en cambio el nuevo deudor se subroga al antiguo en la misma obligación.

Así, la delegación perfecta, como lo veremos más adelante, no tiene por qué producir necesariamente novación, si el acreedor accede a dar por libre al primitivo deudor, pero manifiesta su intención de no novar, y por el contrario, declara expresamente su voluntad de mantener vigente la misma obligación antigua, con subrogación de un deudor por otro. Los artículos 1634 y 1635 autorizan ésta interpretación.

Entendiendo que el artículo 1635 es interpretativo de la voluntad de las partes, debemos concluir que en caso que ellas deseen exceder la interpretación de su voluntad contenida en esa disposición deberán señalarlo expresamente. Es decir, el acreedor debe declarar expresamente que su voluntad es dar por libre al deudor primitivo, y sin embargo, no producir novación. No bastará al respecto una voluntad tácita ni menos tendrá cabida una voluntad presunta, existiendo texto legal interpretativo en sentido contrario.

Noción de la cesión de contratos. Únicamente al final de este estudio estaremos suficientemente habilitados para definir qué es la cesión de contratos, justamente, porque se debe estudiar y examinar a cabalidad ésta figura, para así poder lograr un concepto acorde con la finalidad y naturaleza de esta institución.

Pero a pesar de esto, podemos formular una noción provisional que nos sirva de guía a través de los preceptos de nuestro Derecho y de las opiniones doctrinales, evitando así posibles desviaciones.

³⁶ *ibid* .p. 221.

La sustitución de una parte de un contrato por un tercero que entra en su lugar en forma sucesiva, es una hipótesis discutida fuera de los casos de sucesión universal *mortis causa* y de los casos específicos en que la ley lo permite expresamente y lo regula. La discusión no es ajena en absoluto a la manera en que tendría que explicarse jurídicamente esta sustitución y su significado exacto.

Una de las premisas de las que se parte es la que sigue: el escaso acuerdo doctrinal recomienda una actitud abierta en la materia.

Quizá la expresión cesión de contrato, con independencia del campo de aplicación al que nos circunscribamos para estudiarla, responde a una pluralidad de situaciones que se pueden organizar de diversas maneras y en las que deben distinguirse unos elementos de otros: básicamente aquellos que atañen al contrato cedido y aquellos que atañen al acto o actos tendientes a su modificación.

Es el doble aspecto del fenómeno de la cesión de contrato, que responde a los dos focos de intereses que convergen en el tema: el primitivo, reflejado en el contrato cedido, y el posterior en el de cesión.

¿Cómo, por otro lado, no partir de esa actitud abierta, cuando en el caso concreto de la cesión de contrato ésta se aplica a una relación contractual que ha sido configurada por las partes y cuando el acto o los actos tendientes a sustituir a una parte por un tercero pueden derivar también de relaciones configuradas por la autonomía privada?

Las múltiples situaciones a las que da lugar la combinación de estos dos aspectos básicos han de quedar incluidas en la teoría de la cesión de contrato, aunque ello obligue a flexibilizarla en extremo, pues son consecuencia del dominio de la autonomía privada en esta materia.

La otra premisa de la que se parte, en consonancia con lo recién expresado, es que el desencadenante de la cesión de contrato se halla en un pacto entre una de las

partes del contrato cedido –cedente-, y un tercero –cesionario-, que pretende ocupar la posición del primero en ese contrato. Este aspecto, en el que se quiere profundizar, es el de la clara relación que existe entre las dos premisas indicadas: poniendo como protagonista de la cesión de contrato a la autonomía privada, la que ve aumentar sus posibilidades de manifestación. Esto sugiere de inmediato dos ideas:

- En primer lugar, el protagonismo de la autonomía privada en el acto desencadenante de la cesión de contrato permite a las partes diseñar de un modo o de otro el resultado al que se pretende llegar, es decir, el peso de la autonomía de las partes se apoya sobre todo el fenómeno de la cesión de contrato. Pero esto no significa que el pacto entre cedente y cesionario sea la fuente de regulación de todas las situaciones que implica la cesión de contrato, y por lo mismo, será preciso estudiar la posición del cedido, en especial en función de su intervención en el pacto de cesión, ya que el pacto entre cedente y cesionario puede diseñar una cesión de contrato, pero no puede asegurar la sustitución, con plenos efectos, del segundo en el puesto del primero en el contrato cedido. Por ésta razón, es que se debe enfocar la cesión de contrato desde una de las dos caras que presenta. Cabe atender al resultado de la plena sustitución del cesionario en la posición del cedente y a partir de ahí definir los instrumentos necesarios para este efecto o, alternativamente, cabe situar el punto de partida en el pacto entre cedente y cesionario, aunque sus efectos no alcancen a producir una plena sustitución del segundo en la posición del primero. Esta segunda posibilidad es la que se sigue aquí y por ello es preciso admitir de entrada la variedad de formas en que se manifiesta la cesión de contrato.
- Al tratar de la cesión de contrato, el extremo más controvertido en apariencia es el relativo al objeto, en especial lo que señalan las dos teorías más importantes al respecto, como lo son la teoría unitaria y teoría atomista de la cesión. Pero quizá lo más significativo de la discusión doctrinal es lo que atañe a la causa de la cesión de contrato: en este punto se puede llegar a la convicción de que no se trata sólo de un golpe más de la dificultad del tema de la causa aplicado a la cesión de contrato, sino de que el problema radica en la propia cesión de

contrato, objeto de estudios poco nítidos. Este objeto no se puede configurar adecuadamente si no se resuelve el tema de la causa antes que el de su objeto y para ello hay que remontarse al pacto entre cedente y cesionario, que se manifiesta no sólo como el desencadenante de la cesión de contrato, sino también como el elemento que le da coherencia.

El contrato o convención es susceptible de ser cedido como conjunto, después de su formación y antes de su ejecución. La cesión del contrato sirve para hacer posible la circulación del contrato en su integridad, es decir, para hacer subentrar un extraño en la categoría de parte contractual, en lugar de uno de los contratantes originarios.

Así, según la doctrina y jurisprudencia comparada, podemos decir que entendemos por cesión de contrato: “un negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva”.

Como la anterior, definiciones de cesión de contratos se han dado ya muchas, destacando todas ellas sus dos elementos esenciales, es decir, la sustitución de uno de los titulares y la permanencia objetiva de la relación contractual, a pesar del cambio de sujetos.

B. La cesión de contrato y su distinción con figuras afines.

Para matizar la noción antes expuesta de la cesión de contratos y para evitar confusiones y delimitar su objeto, vamos a fijar sus fronteras con una serie de figuras semejantes, que tocan el límite de nuestra institución.

En primer lugar, la enfrentaremos con aquellas instituciones que tienen un contenido jurídico similar, como la cesión de créditos, la asunción de deudas o el conjunto de ambas. Posteriormente con aquellas otras instituciones que atienden a una

función económico-social parecida a la que cumple la cesión de contrato, pero con distintos mecanismos jurídicos.

Otras formas de transmisión de las relaciones obligatorias. Todas estas formas de transmisión, tienen en común el que procuran una *sustitución de titulares con permanencia de la identidad objetiva de la relación transmitida*, es decir, hay una sucesión *inter vivos* y a título singular.

Pero frente a esta nota común, existe otra serie de caracteres diferenciadores:

CESIÓN DE CRÉDITOS: Frente a este tipo de cesión, la de contratos posee las siguientes notas diferenciadoras:

- **Elementos constitutivos** de cada uno de ellos: en la cesión de créditos el consentimiento es bilateral, mientras que en la cesión de contratos es trilateral; en cuanto al objeto de la cesión, en la de créditos es la titularidad activa de la relación obligatoria simple, y en la de contratos lo es la titularidad de la relación contractual completa, y por tanto, la causa, esto es, el motivo que induce al acto o contrato, según el artículo 1467, también es diversa.
- **Función económico-social**: en la cesión de créditos, generalmente se persigue una realización del activo patrimonial, mientras que en la de contratos puede representar enajenación tanto del activo como del pasivo.
- En cuanto al **ámbito de aplicación** también es distinto, puesto que la cesión de créditos puede aplicarse a todo tipo de relación jurídica; en cambio, la cesión de contratos, sólo tiene sentido al ser referida a las relaciones contractuales.

Con el crédito, el Derecho y los juristas han sido mucho más benignos; siempre hablando por supuesto de las situaciones de créditos fungibles. Esto es, aquel tipo de crédito que es el común, en el cual no interesa exactamente la persona del acreedor, en donde no tiene mayor relevancia que el deudor pague a un acreedor o a otro. Por ello, en esta situación, los Derechos han permitido que el cambio, la mutación en una misma relación jurídica, siempre se produzca sin la necesidad de recabar el consentimiento del deudor, porque justamente al deudor le da igual pagar a un

acreedor como a otro³⁷, sin perjuicio de los requisitos de eficacia que establece nuestro Código Civil en sus artículos 1901 y siguientes.

ASUNCIÓN DE DEUDAS: Frente a esta institución, la cesión de contratos se caracteriza porque:

- Los **elementos constitutivos** son distintos, a excepción del consentimiento que en ambas es trilateral; en cuanto al objeto en la asunción de deudas la titularidad cedida es la pasiva de la relación obligatoria, mientras que en la cesión de contratos es la de parte contractual: complejo de deudas pero también de créditos, por consiguiente la causa también es diversa.
- La **finalidad** de la asunción de deudas es la circulación jurídica de la relación obligatoria por su lado pasivo, mientras que en la cesión de contratos la finalidad es el intercambio de los bienes objeto de la misma.
- En cuanto a la **aplicación** de la asunción de deudas, ésta es como la de cesión de créditos, todo el campo del Derecho de Obligaciones, en cambio en la cesión de contratos, su aplicación viene dada por el campo puramente contractual.

Con respecto a la modificación del lado o del sujeto pasivo de la relación obligacional, indudablemente el camino estuvo erizado de dificultades desde el antiguo Derecho Romano hasta nuestros días. Actualmente se sigue planteando esta dificultad de aceptar lo que ya regularon algunos Códigos Civiles Modernos y otros que no lo son tanto, que es el instituto de la cesión de deudas, asunción de deudas o transferencia de deudas.

La inmensa mayoría de las relaciones obligatorias son fungibles, esto es, son susceptibles de ser realizadas por uno u otro deudor. Lo que sucede es que -y por eso la dificultad que se le ha presentado a esta institución- el interés del acreedor es el que define la situación, porque tomando la causa eficiente de obligaciones más común que manejamos, el contrato, la autonomía de la voluntad privada permite, justamente,

³⁷ MOLLA, Roque. "Análisis comparativo de cesión de crédito, cesión de contrato, delegación y novación", Revista Asociación de Escribanos de Uruguay, enero/julio 1994, vol. 80, N° 1-6, pp. 11-23.

involucrarse en un contrato, que es ley para las partes. Esa regulación contractual, ese contrato que hace nacer la obligación, está otorgado –generalmente- en función de la calidad de la contraparte; es una relación sujeto con sujeto, de forma que el acreedor contrata porque lo hace con ese deudor. Y solamente por tratarse de una relación obligatoria, si ese acreedor o la ley deciden que haya una sustitución ella podrá operar; de lo contrario, el primitivo deudor siempre va a quedar vinculado con su acreedor. El vínculo jurídico, entonces, es el elemento de la relación obligatoria que da la solución a ésta atadura en la que está inmerso el deudor.

Por tanto esta transferencia se hará en la medida que exista consentimiento del deudor o que la ley lo exprese. La ley lo dispone en general por razones de orden natural y justamente en beneficio del acreedor, como en la sucesión por causa de muerte, claro si, con excepción del llamado beneficio de inventario. Hay otras situaciones en las cuales se produce legalmente, como cuando se adquiere la calidad de deudor por el hecho de hacerse titular de un derecho real. Es lo que se conoce con el nombre de obligaciones *propter rem*, esto es, que se es deudor por el hecho de haber devenido en titular de un derecho real.

Lógicamente, el primer problema de transferencia o de cesión de deuda, corresponde a que se le desvincule, por una cuestión de método, de una categoría que viene de la tradición clásica francesa, que es el de novación subjetiva por cambio de deudor. Si hablamos de transferencia de deuda, se trae a colación un concepto, que ya tratamos en el apartado anterior, que se llama sucesión; y si se habla de novación por sustitución de deudor, se está ante un concepto antagónico al de sucesión, que justamente no supone una idea de continuación, como indudablemente establece el concepto de sucesión, sino de cambio. Hay una fractura en la idea de sustitución, y hay una continuidad en el concepto de sucesión.³⁸

La circunstancia de que pueda producirse un cambio de deudor en una misma relación contractual ya aleja definitivamente la idea de novación porque, justamente

³⁸ *ibid* p. 21.

éste es un modo de extinguir llamado no satisfactivo de las obligaciones, porque extingue una obligación sin darle satisfacción al acreedor, es decir, satisfacción en el sentido técnico-jurídico de la palabra, porque no se produce el cumplimiento de esa obligación, no obstante lo cual ella se extingue.

Sucede, entonces, que la situación de transmisión de deuda o de cesión de deuda se enfrenta directamente con este instituto de la novación, al punto tal que en modernas legislaciones la novación por sustitución de deudor ha sido eliminada, ya que ofrece mucho más atractivo la institución de la transferencia o asunción de deuda.

DOBLE NEGOCIO DE CESIÓN DE CRÉDITOS Y ASUNCIÓN DE DEUDAS: Este doble negocio se diferencia de la cesión de contratos en que:

- La cesión de contratos es un negocio único, mientras que en el otro hay dos distintos, tanto estructural como funcionalmente considerados.
- La cesión de contratos transfiere la titularidad de la relación contractual misma, en tanto que el otro sólo transfiere singulares relaciones obligatorias.

Figuras que realizan una función próxima a la cesión de contrato. Se trata de finalidades semejantes, pero no idénticas, y además, con distintos mecanismos jurídicos:

NOVACIÓN: Ambas tienen una finalidad económico-social tan parecida que en algunos casos se identifican, y es la sustitución de uno de los contratantes de la relación contractual. Pero esta finalidad se realiza más adecuadamente a los intereses de las partes con la cesión que con la novación, por lo que modernamente aquella va sustituyendo a ésta. Pero tienen una eficacia completamente distinta, pues mientras la cesión implica la auténtica sustitución jurídica de los titulares y la permanencia de la relación, la novación, en cambio, realiza sí la sustitución económica pero no la jurídica, toda vez que lleva consigo la extinción de la relación contractual novada. Por otra parte, mientras la causa de la obligación nueva se constituye con la de la antigua que se extingue, en la cesión de contratos la causa viene dada por la transferencia de la

titularidad de parte en la relación contractual, con todas las consecuencias que esto lleva consigo.

SUBCONTRATO: En ambas se produce el traspaso de alguna o algunas de las facultades que integran la posición de parte contratante, o mejor, el traspaso del uso o del objeto de la relación contractual, ambas suponen la existencia de un contrato base al que han de estar referidas. Así en el Derecho español, según jurisprudencia de ese Tribunal Supremo de fecha 3 de abril del año 1961 instituyó que “ *la cesión y el subarriendo no pueden confundirse por ser distintos en su naturaleza y efectos, ya que la cesión supone la desvinculación del titular arrendatario y su sustitución por otra persona, mientras que el subarriendo supone la subsistencia del arrendatario con un tercero, sin desvinculación de aquél, siendo el traspaso una forma de cesión que únicamente obliga al arrendador cuando concurren los requisitos que la ley exige para su validez*”³⁹.

Según todo lo anterior podemos establecer marcadas diferencias entre estas dos instituciones:

- Mientras que la cesión transmite la titularidad misma de la relación contractual, el subcontrato, en cambio, *crea una nueva titularidad*, de subarrendatario por ejemplo, que da derecho a utilizar la posición de parte contractual creada por un contrato anterior, el cual sigue existiendo y permanece invariado vinculando al arrendador y al arrendatario. La consecuencia es que la cesión libera al cedente del contrato base, en tanto que el subcontratante conserva la misma posición que tenía con relación a la otra parte originaria.
- La cesión del contrato es un contrato completamente distinto del contrato base, en tanto, que el subcontrato tiene igual naturaleza y está totalmente condicionado por aquél.

³⁹ BAEZA CAMPOS, María del Pilar. “La Subcontratación”, Edit. Jurídica de Chile, 1981, p. 46.

- La cesión es un contrato de tracto único, ya que es un contrato distinto al cedido, por lo que se agota al momento de su perfección, no requiere de hechos jurídicos posteriores, sólo requiere que se encuentren prestaciones pendientes en el contrato base. En cambio, el subcontrato es de tracto sucesivo, con cumplimiento duradero en el tiempo, ya que el contrato al que antecede el subcontrato deberá ser también de tracto sucesivo, de no ser así la realización de un subcontrato no tendría razón de ser, por lo demás el subcontrato tendrá la misma naturaleza jurídica que el contrato principal al que antecede.
- En cuanto al ámbito de aplicación, la cesión es posible para todo contrato de ejecución diferida, total o parcialmente; en cambio, el subcontrato podrá realizarse en los contratos de ejecución duradera o tracto sucesivo.

Mientras que la cesión tiende a dar lugar a la entrada de un tercero –cesionario- que en adelante pasa a ocupar la posición de una de las partes –cedente- y se halla frente a otra parte originaria –cedido-, en el subcontrato no existe desplazamiento de ninguna de las partes originarias, cuyos vínculos se mantienen, sino que se crea una nueva relación, dependiente por su objeto del mantenimiento de la primera, de su misma naturaleza, y en la que una de sus partes es, a la vez, parte en dicha primera relación.

Así como lo indicó el autor francés Laurent Aynes “en la cesión de contrato hay una transmisión de la posición de contratante y en el subcontrato una explotación de la posición”.⁴⁰

DELEGACIÓN O DIPUTACIÓN PARA EL PAGO: Por una simple finalidad de economizar movimientos de cumplimiento de obligaciones, un primitivo deudor delega en otra persona, un tercero, que se llama delegado, para que cumpla la obligación que él tenía con su acreedor. Aquí se forma una situación jurídica de figura triangular y no una nueva relación jurídica, como lo establecen algunos autores. El desarrollo normal va a ser que, aceptando el tercero realizar el pago, éste se obliga con el acreedor, el cual acepta que el cumplimiento de la prestación sea desarrollada por el diputado;

⁴⁰ LAURENT AYNES. *apud.* GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 96.

producido el pago por este tercero, se extingue la primitiva relación. Todo esto parecería pretender que aquel que ordenó al tercero que cumpla con su acreedor, salió de la relación, quedó liberado. Sin embargo, esto no es así, aún cuando el acreedor haya aceptado el cumplimiento y que la actividad o la prestación la haya desarrollado el tercero; no hubo liberación del primitivo deudor, o del único deudor, como lo establece cierta doctrina, a diferencia de la cesión de contratos, en donde existe una liberación expresa del cedente.

La cesión de contratos y los contratos celebrados a favor de terceros.

Doctrinariamente se ha definido el contrato a favor de tercero como aquel negocio jurídico realizado válidamente entre dos personas, que pretende atribuir un derecho o una obligación a un tercero que no ha tenido intervención alguna, ni directa ni indirectamente en su formación y perfección y que, no obstante, logra imputarle un derecho u obligación propiamente suyo.

Dentro de esta definición podemos agrupar, en nuestro Derecho, dos contratos, a saber, la estipulación a favor de otro y la promesa de hecho ajeno, establecidas en los artículos 1449 y 1450.

El Código Civil en su artículo 1449 inciso primero, nos da una definición acerca de qué es lo que debemos entender por el contrato de estipulación a favor de otro: *“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las parte que concurrieron a él”.*

Por otro lado el artículo 1450 establece la promesa de hecho ajeno, y expresa: *“Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”.*

De estas definiciones se deducen notas diferenciadoras con la institución que es objeto de nuestro estudio, la cuales son:

- Mientras la estructura del consentimiento es plurilateral en la cesión de contratos, lo es bilateral en el contrato a favor de terceros. Sin embargo, ésta es una diferencia discutible, ya que algunos autores configuran la cesión de contratos como un negocio bilateral, dando a la intervención del cedido un valor de un simple requisito de eficacia, no de perfección; de donde vendría la semejanza con la intervención del tercero en el contrato a su favor.
- También la eficacia es distinta en uno y en otro negocio. Para la cesión lo esencial es transmitir a un tercero, ajeno al contrato base, los efectos jurídicos que del mismo nacen; en cambio, en el contrato a favor de tercero se crea un derecho por otras dos personas; en consecuencia, la cesión de contratos supone siempre la existencia previa de una relación contractual, la que debe ser un título translaticio de dominio según el artículo 703, además del acuerdo de cesión, cosa que no existe en el contrato a favor de tercero.

El cesionario entra en la relación contractual, mientras que el beneficiario de la estipulación, a pesar de ser destinatario directo de una estipulación, nunca es parte en la relación estipulante/promitente, tal como su nombre lo indica. No obstante, entre cesión de contrato y estipulación a favor de tercero pueden establecerse dos puentes: la estipulación a favor de tercero puede ayudar a explicar la figura de la cesión de contrato y la cesión del contrato puede ser, a su vez, el objeto de una estipulación a favor de tercero.

PARTE II

MANIFESTACIONES POSITIVAS DE LA CESIÓN DE CONTRATOS

En esta parte pondremos de relieve, de un lado, las necesidades de transmisión de la relación contractual y de otro, los procedimientos y mecanismos jurídicos que se han utilizado y utilizan para satisfacer tales intereses o necesidades económico-sociales cuando los principios vigentes del Derecho clásico no permitan la transmisión del contrato.

CAPÍTULO I

PRECEDENTES HISTÓRICOS

La mejor forma de llevar a cabo lo que pretendemos, es realizar una breve exposición histórica de cómo ha evolucionado el problema de la transmisión de las obligaciones a lo largo de la historia del Derecho, desde sus comienzos.

Desde luego, es importante destacar, con relación a este tema, que la posibilidad o no de la transmisión de las relaciones obligatorias está en función del concepto que de las mismas se tenga, y no es menor que aceptar la cesibilidad de éstas relaciones, repercutirá en su concepto.

Así, como se dijo en la primera parte de este estudio, el concepto que se tenga de relación contractual, condiciona el que la misma pueda ser cedida o no. En efecto, si se considera esencial para el vínculo obligacional la identidad permanente de la persona que encarna el sujeto titular de la misma, entonces la sustitución de titulares es imposible. En cambio, si de la obligación se tiene un concepto objetivo –patrimonial– como hace la doctrina moderna, entonces “fuera de los casos de contrato *intuitu personae*, la persona del deudor concreto es jurídicamente indiferente, siendo

admisibles la ejecución realizada por un tercero extraño al contrato, la transmisión del contrato al heredero del contratante fallecido, la cesión del contrato, etc".⁴¹ Asimismo lo ha establecido el Derecho Comparado: según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español "en los ordenamientos modernos los derechos de crédito no se conciben, en general, *intuito personae*..., y son, en consecuencia, transferibles como valores económicos susceptibles de tráfico, sin necesidad de novar esencial y objetivamente el vínculo obligatorio, que permanece inmutable".⁴²

La consecuencia de esta dualidad de principios y conceptos es inmediata y evidente para nuestro problema: en efecto, el Derecho romano no pudo lógicamente admitir la transmisión de la relación contractual, mientras que ello es perfectamente realizable con el moderno concepto de obligación, con excepción, claro, de las relaciones personalísimas.

Pero si bien es cierto que la cesión de contratos es una figura moderna y sin historia, no lo es menos que las necesidades de transmisión de las relaciones jurídicas por ella creadas son casi tan viejas como el contrato mismo; y por eso, encontramos que históricamente la transmisión del contenido contractual, al menos en los singulares elementos que lo constituyen, tiene viejos precedentes en la práctica y en la vida profesional. Según lo anterior, podemos distinguir perfectamente tres períodos o épocas sucesivas en la evolución de la transmisibilidad del contenido del contrato⁴³:

1. Una primera en que, por principio, se declara imposible la transmisión; postura negativa derivada del concepto mismo de obligación. Ahora, la sucesión en los derechos contractuales es tan sólo posible por herencia, no por voluntad negocial. No obstante, las necesidades de la práctica fuerzan a utilizar procedimientos indirectos que posibiliten mediante negocio *inter vivos* la sustitución de titulares, procedimiento y orientación que sigue por lo demás el Código de Bello. Se prolonga hasta el Code de Napoleón.

⁴¹ MESSINEO, Francesco. "Doctrina General del Contrato", Buenos Aires, 1952, vol. II, p. 180.

⁴² Sentencia de 7 de julio del año 1958, dictada por el Tribunal Supremo Español.

⁴³ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 93.

2. La conquista del Code de Napoleón en cuanto a la transmisibilidad de los elementos del activo contractual, abre una segunda etapa en la cual se combate doctrinal y jurisprudencialmente por alcanzar para todos los elementos la posibilidad de su cesión. Primero se consigue llevar a los Códigos la asunción de las deudas; lo que realiza el BGB, al que le siguen todos los Códigos redactados con posterioridad y algunos reformados expresamente para ello, tales como el Código Civil mejicano, el ruso, austríaco y el chino. Después con el Codice Civile de 1942, se llega a la regulación positiva de la cesión de la relación contractual misma, cerrándose el ciclo evolutivo.
3. A partir de esta fecha, en muchos países, bajo una u otra denominación, se admite la posibilidad de la cesión de contratos en su sentido técnico y propio.

A. Posibilidades de transmisión del contenido contractual en el Derecho Romano.

En cualquier investigación histórica-jurídica hay que tomar como punto de partida el Derecho Romano. Sabido es cómo la dogmática romana construye la realidad del Derecho de Obligaciones en torno al concepto de *obligatio*, sin crear ni conocer el concepto –demasiado moderno– de relación contractual. Según los romanos, la única relación que nace del contrato es el simple vínculo obligatorio, la relación crédito-deuda. Este *vinculum iuris* se sustancia en una unión existente entre dos personas perfectamente determinadas, concebido como algo estático, en el que cualquier modificación entraña una extinción del mismo. Y si, a pesar de la modificación, los interesados desean que la obligación, o mejor, su contenido persistan, deben acudir a la novación, la cual reencarna el mismo débito en otra forma jurídica. La consecuencia de estos conceptos, con referencia a nuestro problema concreto, es evidente e inmediata: si la transmisión implica la separación de un titular de la relación obligatoria y el ingreso en su lugar de otro sujeto distinto, la concepción del Derecho Romano tenía que conducir necesariamente a la modificación del *vinculum iuris* y, con ello a su extinción: si se quiere que la sustitución de sujetos de una relación obligatoria se realice hay que acudir al mecanismo de la novación. Por

todo lo anterior, y según lo escribe Gayo en el Digesto, podemos concluir que las relaciones obligatorias en Roma son, por esencia, inseparables de sus titulares, no pudiendo pasar por sucesión a otros diversos.

Ahora bien, este *vinculum iuris*, esta forma jurídica en que la obligación como tal instituto jurídico se manifiesta, tenía un contenido económico, se creaba para la protección de un determinado interés, y este mismo hecho produce la objetivización de los créditos, es decir, que estos constituyan un valor económico por si solos; que se patrimonialicen ellos mismos. Y como tales, el tráfico demandó su transmisibilidad, la derivación de su titularidad de unas personas a otras. Pero esta necesidad económica encontró el obstáculo de los dogmas jurídicos: les faltó a los romanos el mecanismo que satisficiera tal exigencia económica, transmitiendo las titularidades jurídicas. Ante esta situación los juristas romanos intentan arbitrar una fórmula intermedia, la que a la vez respetase sus dogmas jurídicos y satisficiera las necesidades prácticas del momento. Estas consistían de una parte, en la liberación total de los acreedores o deudores de la relación obligatoria, y de otra, en crear facilidades en el pago o en el cobro de las deudas, sin producir aquella liberación, procurando no aminorar las garantías en el cumplimiento de las mismas. Para la primera dispusieron los romanos de instituciones como la delegación⁴⁴ y la expromisión⁴⁵, y para lo segundo habilitan una serie de procedimientos indirectos⁴⁶. Claro es que ni unos ni otros de los

⁴⁴ En general hay delegación siempre que una persona, delegado, por encargo o invitación de otra, delegante, accede a hacer a un tercero, delegatario, una promesa para realizar a su favor una prestación por cuenta de tal delegante.

⁴⁵ Acuerdo entre el acreedor y un tercero que paga, sin intervención del deudor.

⁴⁶ Con los cuales se evitaba la novación, en donde se posibilitaba a una tercera persona, ajena originariamente al crédito, para que ésta pueda exigir jurídicamente el cumplimiento del mismo. Este procedimiento tenía la ventaja de mantener la identidad y persistencia del crédito, frente a los procedimientos novatorios antes expuestos. En primer lugar podemos citar la figura del *procurator in rem suam*, que consistía en un mecanismo en donde el acreedor, mediante un mandato, otorgaba al procurator o mandatario un poder o facultad para ejecutar ante el pretor la *actio* que protege jurídicamente el crédito, es decir, para exigir del deudor el cumplimiento de la prestación o de sus subrogados. Tal procedimiento a pesar de haber sido generalmente utilizado, como lo expresa Gayo, recogido posteriormente por Justiniano y llegando a nuestro oídos a través de la Partidas y Pothier, realiza su cometido muy imperfectamente, y desde luego, encierra serios peligros para el mandatario, toda vez que habiendo él pagado una contraprestación, puede verse privado de la ventaja económica que el pago del crédito le reporta. Asimismo se utiliza una reforma de la *delegatio*, pero sin eficacia novatoria, es la *delegatio ad solvendum*. El crédito que, como parte del *vinculum iuris*, permanece siempre

procedimientos indicados realizan la transmisión de las relaciones obligatorias, pues, los primeros, como formas de novación que son, extinguen el *vinculum iuris*, y los segundos no liberan originariamente a los obligados. Sin embargo, algunos de los procedimientos utilizados se aproximan tanto a nuestras instituciones actuales, pareciendo realmente que no hay más que diferencias terminológicas. Similitud que ha hecho afirmar a algunos autores que no sólo la cesión de contratos -subrogación convencional, realizada a través de las figuras del *beneficium cedendarum actionum* o el otorgamiento de la *actio utilis*-, sino también la asunción de deudas mediante la *constitutio debiti alien*, eran posibles.

Hay en el Derecho Romano otra figura que realiza la sucesión, ahora *ope legis* -determinada por ley- en los créditos: nos referimos a las hipótesis de *successio in locum*. Cuando un acreedor hipotecario paga a otro preferente en rango, lo debido por el obligado, se subroga en su puesto; asimismo, si el comprador de un fundo hipotecado lo desea, puede subrogarse en el crédito pagando al acreedor. En ambos casos se está previendo el pago por un tercero a un acreedor hipotecario; y en ambos supuestos se determina, por ley, la subrogación del que paga en la misma posición del acreedor satisfecho, no ya sólo en la acción personal derivada del crédito, sino incluso en la de garantía nacida de la hipoteca, con el mismo rango que el acreedor hipotecario pagado tuviese.

Por otra parte, existen vestigios de situaciones precisas, hipótesis concretas del Derecho Romano en donde operaba la *subrogación por pago*, ésta era una forma de

ligando a los originariamente obligados, se extingue tan solo con el pago, cuando el delegado ejecuta el mandato del deudor. Se dijo por largo tiempo, por lo glosadores, que esta modalidad significaba igualmente una novación, pero esta afirmación fue puesta en contradicción por varios autores, como Salpius, Rugierro, Andreoli, Bigiavi, etc.; estableciendo que cuando no hay *animus novandi*, pero intervienen las tres partes, no se produce liberación, sino una simple modificación subjetiva por ingreso en la relación obligatoria de un obligado más, permaneciendo el *vinculum iuris* entre los antiguos obligados, falla así uno de los supuestos de la novación, a saber, que es la extinción de la relación obligatoria originaria; y esta figura es la que en la moderna técnica jurídica denominamos transmisión cumulativa de obligaciones. Y por último recojamos otro procedimiento citado por los autores, consistente en el abandono que hace el acreedor de su crédito a favor del cesionario, con ello el acreedor se exime de la relación obligatoria, recayendo ésta en el nuevo acreedor. Esta figura aparecerá mas tarde en el derecho medieval y en el común.

sucesión en las relaciones obligatorias a título singular, *inter vivos*, porque no se trata aquí de una subrogación legal, sino de una cesión voluntaria, pactada por las partes, cuyo incumplimiento podía ser sancionado por el juez a petición de parte. Y una subrogación voluntaria tiene el mismo valor que una transmisión de las obligaciones, o mejor y más preciso de las acciones que protegen las relaciones obligatorias. Es cierto que se trata de casos concretos, pero importan una brecha en la intransmisibilidad de las relaciones derivadas de un contrato.

Si bien tales afirmaciones son demasiado atrevidas, no se puede dudar, en cambio, de que todos estos procedimientos constituyen claros antecedentes, precedentes inmediatos de los actuales mecanismos jurídicos utilizados para verificar el cambio de titulares de las relaciones contractuales.

Resumiendo: podemos afirmar que, en principio, en la concepción romana las obligaciones se consideran intransmisibles, ya que para cambiar los sujetos de aquellas, hay que acudir a la novación. Pero hay supuestos en los cuales se pueden transmitir las *acciones* que protegen los créditos; y si bien es verdad que la *actio* no es el crédito, ya sabemos que el Derecho Romano es fundamentalmente un sistema de *acciones*, lo que equivale a decir que si se transmite la acción se cede prácticamente con ella también el interés protegido.

B. La transmisión del contenido contractual en el Derecho Común.

En el período de tiempo que media desde la caída del Imperio, o mejor, desde que comienzan a resurgir las monarquías establecidas por los pueblos invasores del Imperio, hasta los albores de la codificación, vive el pensamiento jurídico privado de la herencia romana legada por la mediación de Justiniano. El Corpus Iuris deviene en Derecho Común e influye más o menos en la vida jurídica de occidente, según la menor o mayor fuerza de los Derechos locales, y la mayor o menor cultura jurídica existente por contacto con el Digesto.

Siguiendo nuestro problema, podemos decir que durante este tiempo existe un divorcio entre las prácticas jurídicas que imponen las realidades económicas y los principios que sobre la intransmisibilidad mantienen los juristas. En efecto, de una parte la vigencia de la novación -en forma de delegación o expromisión- como figura exclusiva para realizar cualquier mutación subjetiva de la relación obligatoria; de otra, el remedio de acudir a procedimientos indirectos para cubrir las necesidades prácticas de sustitución de los titulares de la obligación.

El desarrollo de la industria y el comercio, dan origen al nacimiento de los títulos representativos de deudas y valores, y a la necesidad de su transmisión, reclamando instituciones propias, dada la inadecuación de los procedimientos indirectos permitidos por el Derecho Romano en su caso.

¿Cómo se integró esta laguna jurídica del Derecho Romano? Sencillamente con los medios técnicos creados por los Derechos locales, originados y nacidos de tales exigencias jurídicas que la economía local o el tránsito marítimo comercial admiten: los usos del tráfico devienen en Derecho consuetudinario:

1. En los países más germanizados surgen dos instituciones que abren una brecha en la intransmisibilidad originaria de las obligaciones en el Derecho Romano. Aunque no la verdadera sucesión, producen cuando menos una asunción cumulativa. Nos referimos a la "*Verwandlung des Gelübdes*" -mutación de la promesa-, y a la "*Überweisung der Schuld*" -instrucción del pago-, lo que posteriormente se convierte en la institución del *Anweisung* de los códigos germánicos -diputación para el pago-.
2. En la práctica italiana surge otra institución que resuelve el problema: la *accollatio*. Es el caso de la enajenación de un fundo gravado con una carga, venta que a la vez era un negocio de asunción de débito personal: el que asumía la deuda se denominaba "*accollans*".
3. En Francia, se conoce una figura similar a la *accollatio*; que es esencialmente un convenio entre los deudores a favor del acreedor, en virtud del cual, si el acreedor lo acepta, puede cobrar del nuevo deudor, claro es que, no hay

liberación del antiguo deudor; de aquí nace el hecho de que la doctrina francesa, asimile la naturaleza de la cesión de contratos a una estipulación a favor de otro. En cuanto a la transmisión activa de la relación, ésta se encuentra claramente establecida en la costumbre francesa, en la cesión de créditos. En realidad estamos en la última fase del Derecho Romano; se han superado las posiciones de los glosadores y de la novación como único medio de sustitución de sujetos de la relación contractual.

Así la codificación superó el dilema ajustando la norma a los hechos, los conceptos a la realidad jurídica; vamos a ver someramente cómo se realizó la transformación, siguiendo a cada una de las instituciones en sus precedentes:

1. En primer lugar, consideremos la sustitución de sujetos en la titularidad activa de la relación obligatoria. Una de las posibilidades que existía era la subrogación en la posición del acreedor por parte de un tercero cuando éste pagaba reuniendo determinadas condiciones, y se caracterizaba como una subrogación convencional, acordada antes de que la obligación principal se pagase, porque en otro caso se extinguía aquella, y por tanto, no podía realizarse la cesión de acciones. Los post glosadores convierten la subrogación de convencional en legal, al conceder la *actio utilis* al tercero que paga, y esta *actio* viene concedida, no ya por el pacto previamente realizado entre acreedor y subrogado, sino que por ley con independencia de aquél; por tanto, y según Pothier, la subrogación “se concibe más como un efecto de algo, que como algo activo que causa un efecto”.
2. En cuanto a la transmisibilidad de la titularidad pasiva de la relación contractual, fue a partir de los últimos tiempos de los glosadores, con Salpius, cuando se eliminó o, se intentó eliminar, la idea de que siempre existía novación cuando operaba la delegación. Pero ha sido necesario destruir el brocado de la glosa, y ha sido asimismo necesario elaborar un nuevo concepto de obligación, para luego poder admitir la posibilidad de transmisión de las mismas. Sólo después, cuando se ha despersonalizado el vínculo jurídico y se ha considerado que en el concepto de la obligación sea indiferente la persona concreta del deudor, al

menos en ciertas obligaciones, cuando ha llegado el momento de poder mantener la transmisibilidad de las obligaciones, sin que por el mismo hecho se produzca novación.

Sintetizando las opiniones de los diversos autores de la doctrina moderna, podemos señalar tres distintas posiciones, o mejor dicho, dos: una de las cuales se subdivide según los argumentos que utiliza:

1. Tesis negativa derivada del concepto personalista de la obligación: sus principales expositores son Savigny⁴⁷ y modernamente Mazeaud⁴⁸, los que esgrimen que la sustitución del deudor altera la prestación misma, objetivamente considerada, originándose una novación, no admiten la transmisión de la deuda como acto de cesión, como acto bilateral al margen del acreedor, pues si así fuera se abriría una puerta al fraude; además expresan que el Código Civil francés ignora la cesión de deudas.⁴⁹
2. Una versión más moderna de la anterior es la adoptada por Strohal⁵⁰, autor alemán, quien desde un concepto patrimonial se opone a la sucesión de la titularidad pasiva de la relación obligatoria. Lo sigue en esta posición el italiano Pacchioni⁵¹, según este autor las deudas no pueden ser objeto de cesión porque *si cedono infatti le cose, i diritti tutto ciò che ha un valore per il cedente; ma i debiti non sono cose, non sono diritti, non hanno un valore di mercato, ma costituiscono piuttosto un gravame de la libertà di azione del debitore, assolutamente da escludersi é che persista la identità del debito quando,*

⁴⁷ SAVIGNY. "L'obbligazioni", Torino, 1912, *apud* GARCÍA-AMIGO, Manuel, *op. cit.* p. 328.

⁴⁸ MAZEAUD, Henri. "Leçons de droit civil", Paris, 1956. ; *apud* GARCÍA-AMIGO, Manuel, *op cit.*, p. 328.

⁴⁹ Frente a esta posición podemos decir que la persona de la relación jurídica no es esencial, ya que el precio da igual lo pague el deudor u otra persona, la obligación de pagar el precio se cumple igualmente, por tanto la concepción exacta, es la personalista objetiva, que considera esencial el deber de prestación, pero no la persona del obligado, a excepción claro de las obligaciones *intuito personae*. Por otro lado el Code no prohíbe la cesión de deudas, si el acreedor lo consiente no hay duda de que puede existir la asunción de deudas, como en todos los códigos que se basan en la autonomía de la voluntad.

⁵⁰ STROHAL. "Schuldübernahme", *apud* GARCÍA-AMIGO, Manuel, *op cit.*, p.330.

⁵¹ PACCHIONI. "Tratatto di Diritto Civile", Padova, 1941. *apud*. GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p.346.

cambiato il sogetto di esso, viene contemporaneamente cambiata anche la identità del patrimonio che ne costituisce la normale rispondenza.

3. La tesis positiva es hoy admitida casi unánimemente por la doctrina moderna. La obligación consiste fundamentalmente en un deber de prestación, pero este deber de prestación, salvo en los casos de obligaciones *intuito personae*, es realizable por cualquiera. La concepción personalista objetiva está más de acuerdo con las realidades legales y las necesidades prácticas de la vida moderna. Siempre que el acreedor lo permita, puede perfectamente cambiarse a la persona concreta que debe realizar el deber de prestación sin que la sustitución afecte objetivamente el crédito.⁵²

La asunción de deudas concebida sobre la idea de transmisión del vínculo obligatorio se plasmó en el B.G.B. alemán, siendo aceptado por todos los que después de él se redactaron: Código Civil de Suiza, el de Austria, mejicano, ruso, japonés, chino, y el Código Civil Italiano. Los demás Derechos que no regulan expresamente la figura de la asunción de deudas posibilitan la construcción jurídica de la misma al amparo de la libertad contractual.

C. Nacimiento y evolución de la cesión de contratos.

El Code de Napoleón regulaba ya en 1804 un supuesto de transmisión de la relación contractual en su artículo 1717: se trata de la cesión del contrato de arrendamiento. Asimismo sancionaba este Código un brocado de larga tradición en el Derecho Común: *“emptio non tollit locatum”*, ordenado en el artículo 1743. Pero en general se consideraba como un derecho del arrendatario la facultad de ceder su contrato. La doctrina fue inconsciente de la realidad de la relación contractual como algo distinto de derechos y obligaciones.

⁵² Por esta posición abogan variados autores, principalmente alemanes, tales como: Brinz, Windscheid, Bähr, Bernstein, Salpius, Danz, Menzel, entre otros.

Pero ya en 1863 encontramos alusiones a la relación contractual, en donde se le concebía como una unión de créditos y deudas. La primera noticia que se tiene acerca del problema de la transmisión de la relación contractual, nos llega a través del autor alemán Bähr⁵³ el que expresaba que: “la asunción de deudas unida a la cesión de créditos ofrece un medio práctico para transmitir en cierto modo la relación contractual total, compuesta de derechos y obligaciones”. Este autor no veía en la relación contractual más que créditos y deudas; y por tanto, no se necesitaba un negocio especial para la transmisión de aquella, adecuado a la misma. La cesión de ésta relación contractual así concebida no plantea ningún problema, y además la pandectística no vio otra cosa en el contenido de aquella; y el BGB ignoró la realidad de la misma, ocupándose tan sólo de habilitar medios de transmisión para las singulares y simples relaciones obligatorias.

Pero más tarde, el progreso del pensamiento jurídico alemán, seguido del italiano, descubre que el contrato no sólo produce créditos y deudas, sino además una tercera categoría de efectos contractuales: los llamados “*Gestaltungsrechte*” -derechos potestativos- y se destaca que tales derechos carecen de sustantividad propia y dependen de otras relaciones; y no precisamente de la crediticia sino que se alojan directamente en la relación contractual. La consecuencia evidente e inmediata es que la cesión de la total relación contractual ya no puede hacerse mediante la simple unión de la cesión de créditos y de la asunción de deudas como se pensó en un principio, pues en tal caso permanece la relación contractual con los derechos potestativos entre lo originarios titulares. Hay que habilitar un nuevo negocio si se quiere la total liberación de la parte cedente, o mejor dicho, la dogmática jurídica y con ella, el legislador, deben configurar una nueva institución que dé forma jurídica al negocio actuando en la práctica, por el cual una parte contractual transmite a otra su posición en el contrato.

La doctrina se encuentra dividida, algún autor –Demelius- cree que tal contrato no es posible en los Códigos en que no está expresamente regulado, como ocurre en

⁵³ BÄHR. “Über die Verträge zu Gunsten Dritter und die Schuldübernahme”; *apud*. GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 259.

el BGB; pero la gran mayoría de los autores, siguiendo las líneas iniciales de Sieber y Tuhr, lo consideran factible al amparo del principio de la libertad contractual.⁵⁴

Entre los años 1920 y 1940 se produce un movimiento doctrinal que se preocupa a fondo del problema de la cesión de la relación contractual; tanto en Alemania como en Italia. Se publican entonces las primeras monografías italianas. Y en este ambiente deviene el momento de la redacción del Codice Civile, el cual sanciona legislativamente la cesión del contrato como figura jurídica, aplicable a todos los contratos en general, haciendo además, regulaciones de supuestos concretos al tratar de los contratos en particular.

Para finalizar esta ojeada histórica diremos que hoy se cierra el ciclo evolutivo que se abiera en el Derecho Romano, a pesar del retroceso que representó la Glosa, se puede decir que en general, se mantiene una línea progresiva y ascendente. Hoy es posible la transmisión de las relaciones nacidas de un contrato en todas sus formas concebibles.

Ello reviste una extraordinaria importancia, en cuanto permite la movilización de la enorme riqueza que representan los derechos de obligaciones, satisfaciendo, al mismo tiempo, las exigencias que la moderna economía requiere.

Así, el problema queda centrado en torno a la cuestión de si podemos alcanzar una transmisión de obligaciones no novatorias, sin que se produzca, cual imperativo categórico, la novación, posibilidad que enfocaremos en la IV parte de este estudio.

⁵⁴ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 128.

CAPÍTULO II

DERECHO COMPARADO

Intentando acotar el ámbito de estudio, digamos qué entendemos por Derecho Comparado. Se ha dicho que no es otra cosa que la comparación de Derechos diferentes; y también que es la aplicación del método comparativo al terreno de las ciencias jurídicas.⁵⁵ Pero aparte de esta faceta metodológica nos interesa destacar el aspecto objetivo del mismo, delimitando el campo de estudio. En este sentido encontramos en primer lugar el Derecho positivo vigente en cada país, esto es, el conjunto de los Códigos y de leyes especiales. Después la interpretación que se ha hecho de aquellos mismos, tanto en su aplicación por la jurisprudencia, como en su exégesis y sistematización por la doctrina. El valor de la jurisprudencia se agiganta en campos en los que el legislador no toma posición, como ocurre concretamente en el tema de cesión de contratos, ya que el juez debe ineludiblemente fallar.

La cesión de contrato recibió consagración legislativa como figura de Derecho común por primera vez en el vigente Código Civil italiano de 1942. La admisión de la cesión de contrato se plantea, en general, en la doctrina sobre la base de la caída del dogma de la intransmisibilidad de la deuda, polo pasivo de la obligación. Admitida la figura, han sido varias las teorías que han intentado dar cuenta de ella. Independiente de ello, su consagración legislativa, por lo que a los países de la familia romano-germánica se refiere, ha seguido dos vías. Por una parte, es frecuente encontrar ejemplos de cesiones de contratos particulares. Por otra parte las codificaciones, salvo algunas recientes como la italiana, portuguesa, senegalesa, holandesa y la Compilación de Navarra, no recoge la figura.

Una visión de conjunto nos permite afirmar que la cesión de contratos es admitida en todo el Derecho Comparado para algunos casos concretos: arrendamiento, seguro, etc.; aunque su regulación sea imperfecta. En la generalidad de estos supuestos la cesión de contratos entra formando parte de un contrato más amplio.

⁵⁵ RENÉ, David. "Tratado de Derecho Civil Comparado", Madrid, 1953, p. 14.

Por lo que respecta a la cesión de contratos como figura de general aplicación a todos los contratos, los Códigos adoptan posturas diversas. En un intento de esquematización, para facilitar su estudio, agruparemos los distintos Derechos en tres sistemas diferentes, tomando como criterio clasificador la actitud de cada código relativa a la regulación expresa o no de la figura, y a la posibilidad en caso negativo de su admisión en los mismos.⁵⁶

A. Sistema de Admisión Directa.

Con regulación positiva y detallada de la cesión de contrato como tal institución, aplicable a todos los contratos en los cuales la relación contractual tenga una duración mínima que posibilite y necesite la transmisión o transferencia de la misma; caben aquí el Código Civil Italiano –Codice Civile-, el Código Civil portugués⁵⁷, la codificación civil senegalesa, la holandesa y la Compilación de Navarra⁵⁸. En Sudamérica podemos señalar el Código de Comercio Colombiano, que instauró en su artículo 887 y siguientes la cesión de los contratos mercantiles.⁵⁹

⁵⁶ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 135.

⁵⁷ El artículo 424 del Código Civil portugués establece: “En el contrato con prestaciones recíprocas, cualquiera de las partes tiene la facultad de transmitir a un tercero su posición contractual, desde que el otro contratante, antes o después de la celebración del contrato, consienta en la transmisión. Si el consentimiento del otro contratante fuera anterior a la cesión, ésta sólo produce efectos a partir de su notificación o reconocimiento.

⁵⁸ La ley 513 del Fuero Nuevo regula la cesión de contrato entregando las siguientes normas: “Todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo. Si una de las partes hubiera consentido previamente la cesión del contrato a un tercero, la sustitución será eficaz respecto a aquella desde el momento en que le hubiera sido notificada; si no hubiera consentido previamente la cesión, ésta sólo le afectará si aceptare. Desde que sea eficaz la sustitución, por la notificación o aceptación en sus respectivos casos, el cedente quedará desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar”.

⁵⁹ Artículo 886 Código de Comercio colombiano: “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuito personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”

El Codice Civile acepta la teoría unitaria de la cesión de contratos que era la dominante al momento de su publicación. La doctrina posterior no se preocupa del problema de la naturaleza jurídica de esta institución, sino que discute fundamentalmente el de su estructura: ¿cómo ha de estructurarse el negocio unitario de cesión, en cuanto a la necesidad de consentimiento del cedido?

El Código Civil italiano regula la cesión de contratos dentro de la teoría general del contrato, bajo el epígrafe "*De la cessione del contratto*", y le dedica cinco artículos, los cuales desglosaremos a continuación:

- a) Concepto: El artículo 1406 del Codice Civile dispone: "*Cada una de las partes contratantes puede hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas no han sido todavía cumplidas, con tal que la otra parte lo consienta*". Por tanto, es un contrato más que cabe en la definición que de éste otorga el mismo Código, y precisamente dirigido a modificar subjetivamente una relación jurídica patrimonial. El precepto recoge como caracteres del contrato de cesión de relación contractual los de trilateral y unitario; siendo objeto del mismo la posición sinalagmática -mientras exista- nacida para cada parte contratante y; su causa en el sentido moderno es la transmisión de tal posición.
- b) En cuanto al procedimiento a utilizar el Codice Civile establece tres formas distintas:
- Por la integración simultánea de las declaraciones de voluntad de las partes interesadas: cedente, cedido y cesionario.
 - Mediante prestación preventiva del consentimiento por parte del cedido. Ésta situación está prevista en el artículo 1407 inciso 1º que establece "*Si una parte ha consentido previamente que la otra se sustituya por un tercero en las relaciones derivadas del contrato, la sustitución es eficaz frente a él desde el momento en*

Artículo 894 Código de Comercio colombiano: "La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquélla se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación."

que le ha sido notificada o en el que haya sido aceptada". Una forma especial de prestación preventiva del consentimiento viene dada por el mecanismo del giro del contrato documentado a la orden; forma ésta prevista por el artículo 1407 inciso 2: *"Si todos los elementos del contrato resultan de un documento en el cual se ha insertado la cláusula a la orden, u otra equivalente el giro del documento produce la sustitución del endosatario en la posición del endosante"*.

- Mediante consentimiento sucesivo del cedido, que acepta la oferta que le formula el cedente y el cesionario, puestos ya ellos dos de acuerdo, bajo el amparo del artículo 1406.
- c) En lo que respecta al contenido y efecto de la cesión debemos distinguir ya que el Codice Civile admite dos tipos de cesión, atendiendo a los efectos que ésta produce. Como contrato trilateral que es, la cesión produce efectos para los tres interesados que en ella intervienen, dibujándose tres relaciones distintas que ligan a cada una de ellas con las otras dos. Dedicamos a determinar estos efectos los artículos 1408, 1409 y 1410. El primero de éstos regula los efectos de la cesión perfecta, determinando que *"el cedente es liberado de sus obligaciones frente al cedido desde el momento en el cual la sustitución deviene eficaz para este último*, esto es, cuando el contrato de cesión se perfecciona o le es notificado al cedido. Posteriormente determina los efectos entre estos mismos, pero con referencia a la cesión cumulativa -sin liberación del cedente-, y establece: *"después de la cesión, el contratante cedido que ha declarado no liberar, puede accionar contra él cuando el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas*, lo que podríamos decir que en nuestro Derecho podría asimilarse a una fianza, personificando el cedente al fiador. Esto se complementa con la condición impuesta en el inciso tercero del artículo 1408, cuando dispone que *"en el caso previsto en el apartado anterior, el cedido debe dar noticia del incumplimiento por parte del cesionario al cedente, dentro precisamente de los 15 días siguientes a que el incumplimiento hubiere tenido lugar; en caso contrario está obligado al resarcimiento de daños"*. El artículo 1409 disciplina las relaciones originadas entre cedido y cesionario, las cuales se concretan en la sucesión del cesionario en la misma posición jurídica que el cedente, estableciendo que *"el contratante cedido puede oponer al cesionario todas*

las excepciones derivadas del contrato, pero no aquellas otras que estén fundadas en sus relaciones con el cedente, ajenas al contrato, salvo claro está, que haya hecho reserva expresa en el momento en el que ha consentido la cesión". Y por último el artículo 1410 regula las relaciones que ligan a cedente y cesionario, refiriéndose al caso en que la cesión sea liberatoria; para este supuesto el cedente está obligado solamente a garantizar la validez del contrato. Pero si la cesión es cumulativa, es decir, si el cedente asume la garantía del cumplimiento del contrato, responde como un fiador por las obligaciones del contratante cedido.

Además de esta regulación general de la institución, ofrece el Código Civil italiano una serie de regulaciones de figuras concretas de cesión de contratos en particular: cesión de contrato de alquiler, cesión del contrato de seguro, cesión del contrato de arrendamiento, cesión de contrato de arrendamiento de nave, etc. Además de estos casos específicamente regulados, se utiliza mucho en la práctica la cesión del contrato de compraventa, mediante el endoso del documento en que consta escrito el contrato, los llamados "*stabiliti*".⁶⁰ Todos éstos al margen de los casos de subrogación legal en el contrato que establece ésta legislación, donde la ley impone la sucesión de los mismos a una de las partes.

C. Sistema de Admisión Indirecta.

Agrupamos bajo este epígrafe aquellos Códigos que regulan expresamente la cesión de créditos y la asunción de deudas, sin legislar, en cambio, sobre la cesión de la relación contractual; por lo que se subentiende que todos ellos están basados en la autonomía de la voluntad contractual y nada se opone a que el contenido contractual sea transmitido, entendemos que estos Derechos están admitiendo indirectamente la institución en estudio.

⁶⁰ Los *stabiliti* son títulos a la orden unidos al contrato de venta, emitidos por el vendedor que se obliga a entregar el género al portador del título que demuestre ser dueño del mismo como consecuencia de una serie de giros o endosos, y con tal que dicho poseedor realice la contraprestación correspondiente, es decir pague el precio de la mercancía.

Se trata de un grupo de Códigos modernos, redactados entre los años 1900 y 1930. Se citan entre ellos: el BGB de Alemania, OGB de Suiza, el BGB de Austria, el Código Civil mejicano y el Código Civil chino. Todos ellos tienen la nota común de haber tomado la institución de la asunción de deudas del BGB alemán, que por primera vez regula ésta figura.

En el Código Civil alemán, aparte de los casos de subrogación legal previstos en él, hay algunos supuestos de cesión de contrato en su sentido propio y técnico, regulados por las leyes especiales sobre contratos en particular: ley especial de protección al arrendatario⁶¹ y además, en el Código de Comercio alemán se prevé en su artículo 432 la sustitución del transportista, lo que es una cesión de contrato de transporte.

La jurisprudencia alemana es también defensora de la cesión de contratos, así ésta estableció que “el BGB ha estructurado la cesión de créditos y la asunción de deudas en tal forma que, con su ayuda, se puede conseguir el resultado de que un tercero ingrese en los derechos y obligaciones que del contrato de arrendamiento derivan para el arrendatario...”.⁶² Más un tribunal laboral alemán declara que “en una relación contractual de trabajo, el cambio de empresario no significa, en cuanto a sus efectos, una cesión más, una asunción de créditos y deudas respectivamente, sino una consentida separación de la relación laboral unitaria con el hasta ahora empresario y un traspaso de la misma relación contractual al adquirente de la empresa, como dador de trabajo”.⁶³

También la doctrina alemana es hoy favorable a la admisión de la cesión de contrato como figura de general aplicación, basándose de una parte, en el principio de

⁶¹ El párrafo 30 de la ley especial del protección al arrendatario “*Mieterschutzgesetz*”, establece: “Si el arrendatario de una vivienda desea ceder el local arrendado a un tercero – como una permuta- puede prescindir del consentimiento del arrendador necesario para el ingreso del tercero a la relación, y ésta solicitud del arrendatario a la oficina de unificación de arrendamientos se rechazará cuando el arrendador se oponga al cambio por causas importantes”.

⁶² Sentencia dictada por el *Reichsgericht* el 25 de noviembre del año 1927.

⁶³ Sentencia declarada por el *Landesarbeitsgericht* del Estado de Baden, de fecha 4 noviembre del año 1949.

la autonomía de la voluntad y, de otra en que, con la cesión de la total relación contractual se presentan menos obstáculos que con la simple cesión de créditos, toda vez que la primera deja intacta la relación contractual misma, cosa que no ocurre con la segunda.⁶⁴

C. Sistema de Admisión Discutible.

Aquí reuniremos a todos los demás Códigos que tienen la nota común negativa de no regular la cesión de la relación contractual como institución genérica, y que por lo demás, tampoco regulan la asunción de deudas; en cambio, regulan todos aquellos casos de cesión de créditos y subrogación por pago; y es aquí en donde encuadramos a nuestro Código Civil. El problema de la cesión de contratos en estos Derechos plantea una cuestión previa a saber: la posibilidad de la asunción de deudas a título particular.

Como hay opiniones que se manifiestan en contra de ésta bajo el supuesto que la cesión de contratos implica a la vez una sucesión en los débitos, es porque situamos a este grupo de códigos bajo el epígrafe de “discutible”.

Están redactados estos Códigos en la primera etapa codificadora, siglo XIX, inspirados todos ellos por el Code de Napoleón. En todos estos códigos, si bien no se menciona la cesión de la relación contractual, como fórmula general, hay casos concretos previstos en los propios códigos y en leyes especiales, y el típico ejemplo de esta situación es la cesión del contrato de arrendamiento que también lo contempla nuestro Código Civil, y el contrato de seguro en el Código de Comercio. Por otra parte, el principio de la autonomía de la voluntad contractual está recogido como norma básica en todos.

⁶⁴ LARENZ, “Lehrbuch des Schultrechts”, München, 1962. *apud.* GARCÍA-AMIGO, Manuel, *op. cit.*, p. 140.

PARTE III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CESIÓN DE CONTRATO

CAPÍTULO I

EXPOSICIÓN DE LAS DISTINTAS TEORÍAS

La naturaleza jurídica es, sin duda alguna, la cuestión más importante que nos encontramos en el estudio de cada institución. De la posición que ante tal problema se adopte, fluirá luego lo respectivo a la estructuración de nuestra figura, la determinación de su contenido, el alcance de sus efectos, etc. Todo lo demás está condicionado y en función de la postura que sobre la naturaleza jurídica se acepte. Puede afirmarse, en consecuencia, que la naturaleza jurídica de una institución viene dada por la síntesis de los caracteres jurídicos de la misma que en su conjunto la individualizan y cuya caracterización nos permitirá “naturalizarla” en el mundo del Derecho.

En la interpretación del mecanismo que realiza la cesión de contrato, la doctrina se encuentra dividida. Mientras unos la consideran como un negocio unitario, otros, en cambio, estiman que es un acto doble que realiza un fenómeno complejo. Por lo demás existen autores que niegan la existencia de la cesión de contrato, basados en que si no es posible la asunción de deudas, menos aún lo sería la cesión de contrato.

Han sido varias las teorías que han tratado de encuadrar la cesión de contratos dentro del Derecho de Obligaciones. Manuel García-Amigo⁶⁵ ya estudió nueve y de toda la polémica cabe destacar, simplificando, la contraposición clásica entre la teoría unitaria y la teoría atomista.

Esta contraposición entre partidarios de la teoría unitaria y la atomista se plantea en los términos siguientes: mientras que los segundos descomponen la cesión del contrato en transmisión de crédito y transmisión de deuda, los primeros juzgan

⁶⁵ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 250.

insuficiente la construcción anterior y creyendo ir más lejos, por no considerar reductible el vínculo contractual a la suma de créditos y deudas, ven en la cesión de contrato una cesión de posición contractual en bloque. Hay que señalar que esta divergencia de construcción no guarda demasiada relación con la consagración legislativa en Derecho Común de la cesión del contrato y así, cabe considerar al italiano Raffaele Cicala como al principal crítico de la teoría unitaria.

De esta manera, el tema de la admisibilidad de la figura queda relativizado: los partidarios de la teoría unitaria acusan a los partidarios de la teoría atomista de negar las peculiaridades de la cesión del contrato. Entre estos últimos las construcciones que se encuentran son muy variadas, sin necesidad de remontarse más allá de los años 50 del siglo XX. Pero entre los primeros tampoco hay gran cohesión, como lo demuestran las vacilaciones acerca del tema de la causa de la cesión y que repercuten a lo largo de la construcción de la figura en su plenitud.

Después de observar, en un cuidadoso estudio, las opiniones de cada uno de los autores que trataron el tema, se llega a descubrir alguna nota común que nos sirve de elemento clasificador. Evidentemente encontramos que la mayoría de los autores toman posición, unos a favor y otros en contra, frente al problema de si la cesión de contratos produce transmisión o no de los efectos contractuales. Además vemos que todos los autores se ven obligados a fijar su postura frente a la cuestión de si el mecanismo que actúa en la cesión es de carácter unitario o plural, es decir: si una vez afirmada la transmisión de la relación contractual, el acto concreto que realiza la cesión deba configurarse como un negocio jurídico complejo, que efectúa una transmisión doble de efectos contractuales de signo distinto, o por el contrario, se modela como la transmisión de una entidad unitaria, siquiera esté integrada por otras más simples e indivisibles entre sí.

Así por tanto, y siguiendo al autor español ya citado, Manuel García-Amigo, se establecerá el siguiente esquema, el cual no trataremos en extenso, por extralimitar el fin de este estudio, sin perjuicio de ahondar en las teorías que aceptan la cesión de contratos como una transmisión unitaria de derechos, obligaciones y derechos

potestativos inherentes a cada contrato, mediante un sólo acto de cesión, llamado cesión de contrato.

Así según lo anterior podemos formar el siguiente cuadro:

- I) **Teorías negativas:** todas ellas niegan la posibilidad de la cesión de contrato como consecuencia de no admitir la transmisibilidad de las relaciones obligatorias en su aspecto pasivo, como deudas. En efecto, la cesión de contratos, que implica la sucesión en la relación contractual compuesta de créditos y deudas, es también negada por estos autores.
 - A) **Teorías de la modificación:** se conforman con trasladar al cesionario solamente los efectos económicos de la posición cedida, permaneciendo en el contrato la parte originaria, no siendo una novación y pretendiendo defender la imposibilidad de la sucesión en las deudas:
 - a) Teoría de la cesión de créditos y estipulación por otro.
 - b) Teoría de la asunción del cumplimiento del contrato.
 - c) Teoría de la cesión acumulativa.
 - B) **Teorías de la novación:** pretenden que quede liberado el cedente, sin faltar, claro, el consentimiento del cedido. El concepto de novación entraña la negación de la transmisibilidad de las obligaciones. La cesión implica permanencia, la novación por el contrario extingue. Por esta razón en la medida en que se afirma la última, se está negando aquella.
 - a) Teoría de la cesión de créditos y de la novación de deudas.
 - b) Teoría de la "*renovatio contractus*" o acuerdo de traslación, establece que será aceptada la cesión de contratos sólo cuando ésta se encuentre regulada, o al menos, la cesión de derechos y la asunción de deudas. Este acuerdo lo conciben como un contrato nuevo de efectos constitutivos o dispositivos, el cual actuando sobre otro anterior, concreta su contenido o lo modifica.

II) Teorías positivas:

Hay otro grupo de teorías –teorías positivas- que aceptan como principio la circulación jurídica del contrato, o mejor y más preciso, de los efectos jurídicos que él mismo produce. Se sitúan así frente a las teorías negativas que parten previamente del supuesto de la imposibilidad de sucesión negocial en el contrato, pretendiendo algunos el paso del cedente al cesionario sólo los efectos meramente económicos – teorías modificativas- y otros la liberación jurídica del cedente y sustitución en su misma posición económica social, revestido de otra forma jurídica, y aquí encontramos las teorías novatorias.

- A) Teoría de la cesión de créditos más la asunción de deudas, es la teoría atomística. Es la teoría más útil en aquellas legislaciones como la nuestra en que no existe una reglamentación de la cesión de deudas, ya que es muy posible que en estas legislaciones se pueda introducir una transmisión de obligaciones a título singular, y luego se pueda llegar a realizar una cesión de contrato.

- B) Teoría del negocio complejo: es una teoría intermedia, y ello en atención a que configuran la cesión como un contrato único, pero de naturaleza compleja, ya que actúa en un sólo acto jurídico, la transferencia de elementos patrimoniales irreductibles a unidad: tales son los créditos y las deudas. Existe una liberación del cedente y transmisión al cesionario de la total posición jurídica de contratante en segundo término, que esto actúa con un doble mecanismo: la cesión y asunción y, por último que estos mecanismos no son independientes y autónomos, sino que constituyen un único negocio jurídico de carácter complejo, cuya nota predominante es el estar constituido por declaraciones de voluntad únicas en cada parte interviniente en la cesión. Para ésta doctrina la causa de la cesión es el elemento aglutinador de todos los efectos nacidos del contrato base, ella es la que confiere unidad a los créditos, deudas, facultades, etc. Y esta unidad que a los mismos da la causa de la cesión se concreta en el concepto de “posición de parte contractual”. Esto, efectivamente es lo que

se cede e interesa adquirir al cesionario, constituyendo el objeto del contrato de cesión, que tiene la categoría de “*res incorporalis*”. En definitiva toda esta tesis está basada en la idea de superar la contradicción entre la unidad del negocio y la pretendida pluralidad del objeto.

- C) Teoría de la cesión del contrato o teoría unitaria: con esta teoría se cierra el ciclo comenzado en el Derecho Romano, desde la institución del procurador *in rem suam*, hasta la institución de la cesión de deudas en el Código Civil Italiano; en consecuencia, hoy se puede suceder negocialmente y a título singular en la situación crediticia, deudora y contractual. Principal exponente de esta doctrina es el autor alemán Sieber citado por García-Amigo en su obra⁶⁶, que estima posible la transmisión de la relación contractual básica, al margen y, además de la cesión de los singulares derechos y obligaciones que forman el contenido de aquella. Así en el BGB alemán, en el contrato bilateral se distinguen: a) La relación jurídica obligatoria, en nuestro caso, la contractual y; b) Y en ella los derechos y obligaciones que de ésta nacen. Estos son, sin duda, los más importantes de aquella relación, ya que contiene los derechos de configuración o potestativos. Pero el autor insigne de esta doctrina fue el italiano Puleo. Es el primero que trata monográficamente el tema, cuya obra titulada “*La cessione del contratto*” de 1939 tuvo gran influencia en el Código Civil italiano de 1942. Él considera que pueden ser transmitidos los créditos y las deudas por separado, aunque nazcan de un contrato sinalagmático, sin perjuicio de la persistencia del sinalagma. Pero ni la cesión de créditos ni la asunción de deudas, ni tampoco ambas cosas a la vez, son capaces de transmitir los llamados derechos potestativos. Solamente la cesión unitaria de la relación contractual es capaz de trasladar a un tercero todos los efectos nacidos de un contrato. Así a partir del Código Civil de 1942 toda la doctrina italiana acepta la teoría unitaria de acuerdo con este autor.

⁶⁶ *ibid.* p. 288.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA UNITARIA

Según veíamos la Teoría Unitaria pone de relieve que en la cesión de contrato no opera una transmisión singular o atomística de determinados derechos u obligaciones, sino que una transferencia integral de los elementos activos y pasivos del contrato, de tal modo que el cesionario entra en el contrato básico con todos los derechos y obligaciones de la parte cedente primitiva.

Según esta concepción unitaria, el paso del contrato a la persona del cesionario, lejos de explicarse con el ya criticado desdoblamiento de una cesión para los elementos activos y asunción para los pasivos, está determinado en cambio por un *único negocio de disposición sobre el contrato*, como un conjunto unitario de derechos y obligaciones.⁶⁷

Esta doctrina también pone de relieve la necesidad de una adhesión del contratante cedido a la declaración negocial del cedente y del cesionario, adhesión evidentemente imprescindible por tratarse de transmitir junto a los elementos contractuales activos también los pasivos, para cuya transmisión es preciso, lógicamente el consentimiento del respectivo acreedor, así como también la posibilidad de que el cedido preste su consentimiento previamente, liberando o no al cedente; tal cual como hoy lo establece el Código Civil italiano.

Esta postura puede formularse de la siguiente manera: *“La cesión de contratos es un negocio jurídico unitario que se caracteriza como un contrato o convención innominado, consensual, obligatorio y plurilateral, cuya finalidad es transmitir a un tercero la relación contractual”*.

Para los sostenedores de ésta doctrina, lo más útil a la cesión del contrato es que ella se realice mediante un negocio que comprende toda la posición contractual

⁶⁷ ANDREOLI, Marcelo. “La Cessione del Contratto”, traducción de Francisco Javier Osset, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 36.

que se va a transferir, pues es la manera más expedita de que circule el contrato, ya que sólo requiere de un elemento o instrumento necesario a su formación.

Sin embargo, esta tesis ha sido arduamente criticada, especialmente por los autores partidarios de la teoría atomística, los que esgrimen como principal fundamento para sus críticas, el que la cesión del contrato implica un acto de disposición del titular, lo cual se explica frente al acreedor, quien como dueño puede disponer libremente de su derecho de crédito pero, que no se justificaría frente al deudor, quien para ceder su deuda necesitaría en todo caso, de la autorización del acreedor.

A nosotros no nos parece tan imposible de ser llevada a la práctica esta doctrina, por cuanto fácilmente se puede obtener el consentimiento del contratante cedido, ya sea en forma previa a la realización del negocio o simultáneamente. Aún más, el consentimiento del contratante cedido podría prestarse con posterioridad al negocio de cesión, puesto que es un requisito de eficacia para que afecte la cesión a dicho contratante, pero su omisión no afecta en absoluto a la cesión misma, la cual queda perfecta por el sólo consentimiento de cedente a cesionario. Luego, si el contratante cedido presta su consentimiento a este negocio, sólo tiene por objeto ratificar dicho negocio jurídico, para que le sea oponible, vale decir, produzca efectos respecto a él.⁶⁸

La tesis unitaria se basa principalmente en tres supuestos:

- A) *Existencia de la relación contractual*: hemos señalado antes cómo el contrato tiene la virtualidad de producir una relación jurídica entre los contratantes que se mantiene en el tiempo, originando para cada contratante una posición contractual, un “*status*” de contratante, integrado por créditos, deudas, derechos potestativos, derechos accesorios, deberes de conducta, etc.
- B) La cesión de contratos se realiza mediante *una sola declaración de voluntad*, emitida por cada parte en el negocio de cesión, y cada una de las cuales concibe la transmisión como un acto jurídico único.

⁶⁸ GALÁN SOLANO, Rosa. *op. cit.*, p. 20.

C) *Unidad de causa del negocio de cesión*, constituida para el cedente por la contraprestación del cesionario, generalmente una cantidad de dinero si la cesión es onerosa, o por la liberalidad del cedente si fuere gratuita; y para el cesionario la causa viene constituida por la titularidad de la transmisión de “parte contractual” del contrato cedido. Esta segunda coincide con la finalidad económico-social impuesta por el uso y la voluntad de la cesión, además de ser la causa de ésta, constituyendo su razón de ser y, por tanto, su posibilidad de ser celebrado según el principio de autonomía de la voluntad y siendo incluido dentro de la categoría contratos atípicos.

CAPÍTULO III

LA CESIÓN DE CONTRATOS COMO UN ACTO JURÍDICO GENERADOR DE DERECHOS SUBJETIVOS

Una vez demostrado que el negocio jurídico de cesión de contrato es un acto unitario trataremos de identificarlo dentro de la teoría de los negocios jurídicos señalando la serie de notas que le caracterizan.

La cesión de contratos, según sus características, la podemos encuadrar como una convención generadora de derechos y obligaciones, por tanto, un contrato que debe cumplir con todos los requisitos que establece nuestro Código Civil y la teoría del negocio jurídico. Tales requisitos son capacidad, objeto lícito, causa lícita, consentimiento, solemnidades, etc. Pero no debemos confundir este contrato de cesión de contrato, con el contrato cedido, el cual puede tener una naturaleza distinta, así como también requisitos de perfeccionamiento diferentes.

La eficacia normal de la cesión de contrato se concreta en una serie de efectos que nacen para las partes intervinientes en la cesión: en el cedente, la obligación de transmitir su posición contractual y en el cesionario la de recibirla y de pagar el precio de la cesión, si ésta fuese onerosa.

La naturaleza del contrato, en cuanto al número de partes que intervienen, ha sido materia de discusión en la doctrina acerca de si éste es un contrato bi o trilateral, en relación al consentimiento constitutivo del negocio de cesión. El problema se ha planteado, realmente, al valorar la intervención del cedido en la cesión. La cuestión para la teoría atomística planteaba un grave problema: como la declaración de voluntad era única, resultaba que la intervención del cedido afectaba tanto a la cesión de los créditos como a la asunción de las deudas; en cuanto a la segunda –cesión de deuda- la declaración de voluntad del cedido estaba justificada, pero, ¿qué necesidad había de ella para la cesión del crédito?

La doctrina unitaria ha adoptado una triple postura ante el problema. Mientras que unos consideran la cesión como un convenio bilateral, donde la intervención del cedido tiene un relieve mínimo⁶⁹, otros en cambio, estiman que se iguala su intervención con la del cedente y cesionario, configurando la cesión como un contrato plurilateral⁷⁰; hay también una tercera postura que ve en la cesión un negocio bilateral o no, según los casos.⁷¹

En realidad, la cuestión de la naturaleza bilateral o no de la cesión está condicionada por el valor que en la misma se conceda a la declaración de voluntad del cedido. Sabemos que el cedente y el cesionario tienen categoría de partes contractuales en el negocio de cesión: en ello está conforme la doctrina. Pero ¿qué ocurre con el cedido? ¿Qué significado se le da a su declaración de voluntad?, o visto de otro modo ¿qué alcance tiene la ausencia de la misma en el contrato de cesión?

Según hemos dicho, no existe en nuestro Derecho una regulación legal de la institución que estudiamos. La hemos situado por ello en el marco de la libertad contractual, como tal contrato atípico. En su virtud, queda sometido a las normas generales que el Código Civil dispone para los contratos, especialmente el artículo

⁶⁹ Uno de los principales expositores de esta postura es Barbero en su libro "Sistema istituzionale di Diritto privato italiano", (Milano, 1948). Barbero establece que el consentimiento del cedido es un requisito de eficacia del contrato de cesión de contrato, como una "*condictio iuris*"; para él son requisitos de eficacia aquellas circunstancias de las cuales depende en algún modo la efectividad del negocio en cuestión, en el sentido de que ciertos efectos del mismo existen si el requisito se da, pero éste no puede influir ni en el negocio mismo, ni siquiera en la cualidad de los efectos. La aceptación de esta postura tendrá efectos trascendentales para el negocio de cesión. En primer lugar las partes serían dos, en vez de tres. En segundo término, cuando concurriesen las declaraciones de voluntad del cedente y cesionario, el contrato estaría perfeccionado; si bien su eficacia quedaría condicionado al cumplimiento de la condición de prestación de consentimiento del cedido, al menos para ciertos efectos, los que a él pudieran perjudicarle. Mas no podrá influir sobre la cualidad de los efectos derivados de la transmisión, no podrá configurarlos o modificarlos. No intervendrá en la perfección del contrato.

⁷⁰ Esta es la opinión generalizada de los autores en el Derecho comparado. Según estos autores el contrato de cesión se perfecciona por la concurrencia de las tres voluntades, si faltare cualquiera de ellas el contrato sería inexistente, en consecuencia este contrato debería configurarse como un negocio jurídico trilateral

⁷¹ MESSINEO, Francesco. op cit. p. 238. En este sentido, el acto de cesión puede ser bilateral o plurilateral: es lo segundo cuando la prestación de consentimiento por el cedido fuere simultánea a las de cedente y cesionario, influyendo en la perfección del mismo; es lo primero, cuando el cedido se limita a aceptar el convenio de cesión ya concluido entre cedente y cesionario.

1545 según el cual los contratos sólo producen efecto entre las partes, de aquí se deduce que todos aquellos para quienes la cesión de contrato produce efectos, o cuyo patrimonio es afectado por ella, si no son herederos, necesariamente serán partes contratantes. En consecuencia, también el cedido debe tener en este caso categoría de parte contractual. La cesión de contratos, debe pues necesariamente, y mientras la ley no diga otra cosa, estructurarse como un negocio trilateral, o a lo menos, tener por necesario el consentimiento del cedido para que ésta produzca efectos.

El efecto principal del contrato de cesión de contrato es la obligación del cedente de transmitir su posición contractual en el contrato originario al cesionario, esto es, realizar la tradición de dicha posición. Esta situación no se presenta en el Derecho italiano, en donde está regulado expresamente este contrato, ya que en dicha legislación los contratos producen, además de los efectos personales que les son propios, efectos reales; por lo que no existe aplicación de lo que en nuestra legislación llamamos “dualidad título-modo”, así en Italia, al momento de existir acuerdo en el contrato mismo de cesión de contrato, que a su vez puede ser oneroso o gratuito, en ese momento, cuando se perfecciona el consentimiento, según los distintos tiempos en que las tres partes lo pueden otorgar según lo establece el Codice Civile, la calidad de parte se transfiere en ese preciso instante al cesionario, quedando agotada la obligación del cedente a diferencia de lo que sucede en Chile donde la obligación para el cedente de transmitir la calidad de parte nace al momento en que se perfecciona el contrato de cesión de contratos.

En la última parte de este estudio, veremos en forma más concreta y tangible la estructuración de un contrato de cesión de contratos, y posteriormente su aplicación real y la forma más eficiente y práctica de efectuarla en nuestro Derecho.

PARTE IV

CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA CESIÓN DE CONTRATOS

Queremos dedicar esta parte a estudiar la figura de la cesión de contratos en su ser interno, en su íntima vida jurídica, tanto en los momentos de su constitución y perfección como en los de su eficacia y extinción. Observando nuestra institución desde estos ángulos jurídicos formaremos cuatro capítulos: uno correspondiente a su ámbito de aplicación; otro relativo a su relación con la novación y autonomía de la voluntad; un tercero relativo a la estructura, en el cual abordamos el estudio de los elementos y requisitos esenciales que han de integrarse para que la cesión sea perfecta y quede en condiciones de producir efectos; y otro referente a la eficacia y contenido, en el que estudiaremos, de un lado, la serie de efectos producidos por la perfección del contrato de cesión; y de otro, la extinción de la relación contractual nacida de la cesión, examinando cómo se cumplen las prestaciones nacidas de aquella para cada una de las partes obligadas, o cómo se indemniza por el incumplimiento de tales prestaciones cuando a ello hubiere lugar.

En nuestra legislación, como este contrato no está tipificado, es la voluntad normativa y creadora de las partes quien traza las líneas estructurales y determina la eficacia de cada cesión en particular. No obstante, y a pesar de esto, se pueden y deben aplicar a la cesión de contratos una serie de preceptos contenidos en nuestro Derecho. En primer lugar, las normas generales que nuestro Código Civil dedica a los contratos, y muy particularmente los artículos 1445 y siguientes, referentes a la teoría del negocio jurídico, y ello es, a su vez, porque la figura en estudio es un contrato, según hemos visto. La consecuencia de calificarla como tal es la de quedar sometida a la disciplina general de los contratos, en cuanto las normas que entrega nuestro Código Civil le sean aplicables.

CAPÍTULO I

PRESUPUESTOS DE LA CESIÓN DE CONTRATOS

Para plantearse la cesión de contrato como cuestión general del Derecho de Obligaciones, es preciso utilizar los datos de la teoría general de esta rama del Derecho. No parece adecuado el camino de tomar como punto de partida aquellos supuestos que, si bien son cesión de contratos en el sentido propio, han merecido una intervención legislativa concreta, en la que se regula la cesión de un determinado contrato.

Hay que profundizar en la delimitación de aquellos supuestos que nos interesan como cesión de contrato. Esta delimitación supone de entrada excluir cualquier figura contractual de Derecho de Familia o de Derecho Sucesorio, nos movemos así en el ámbito del Derecho Privado Patrimonial.

En primer lugar no nos ocupamos de la transmisión o sucesión por causa de muerte, según los artículos 951 y 1097. Pero esta no es la única exclusión, porque también la vamos a extender a ciertos supuestos de sucesión *inter vivos*, que en la doctrina italiana reciben el nombre de cesión impropia, esto es cuando el tercero, es decir, el cesionario, queda obligado frente al cedido junto con el cedente, pero en forma solidaria. Sin embargo el fundamento para excluirlos es distinto según el caso:

- Basados en el hecho de que el contrato cedido queda diluido entre otros muchos contratos o elementos patrimoniales, llamado también sucesión universal que se explica como una cesión de un bloque patrimonial, dentro de estas situaciones tenemos por ejemplo: la fusión de sociedades, supuestos en que hay una transmisión de parte de un patrimonio o incluso de un patrimonio separado en bloque, etc. Los casos descritos escapan al régimen general de la cesión del contrato cuando en el ordenamiento de que se trata reciben una regulación específica.

- Los contratos relativos a la cesión *ex lege*, en donde el contrato cedido queda oscurecido a la sombra de la transmisión de un derecho real. Aquí la voluntad del cedente y/o del cesionario es irrelevante para que se produzca la cesión, y por consiguiente, ésta no tiene origen comercial, generalmente sucede cuando la posición contractual es accesoria respecto de otra situación. Un ejemplo de este caso en nuestra legislación lo encontramos en el supuesto de la transmisión de la cosa asegurada, artículos 530 y 531 del Código de Comercio.
- La sucesión del contrato por obra de ley, es decir, la subrogación legal del contrato, en nuestra legislación, lo sería el contrato de arrendamiento: artículo 1962 del Código Civil y contrato de seguro -artículo 530 de nuestro Código de Comercio-, entre otros.

El contrato es susceptible de ser cedido como conjunto, después de su formación y antes de su ejecución.

La cesión del contrato sirve para hacer posible la circulación del contrato en su integridad, es decir, para hacer subentrar un extraño en la categoría de parte contractual, en lugar de uno de los contratantes originarios.

Los supuestos de que tendremos que partir para obtener una cesión del contrato, son en síntesis los siguientes:

- En primer lugar, el contrato base, es decir, el que vamos a ceder, debe ser bilateral, o sea, de naturaleza sinalagmática, definido en nuestro Código Civil en el artículo 1439, como aquél que las partes contratantes se obligan recíprocamente. ¿Por qué tendrá que ser sinalagmático? Nos preguntamos, ¿y no podremos ceder un contrato unilateral? La respuesta fluye por sí sola, pues lo que necesitamos es que exista una paridad entre ambos contratantes, que se hallen en un mismo pie de igualdad, para poder transferir una posición contractual íntegra, que comprende derechos y obligaciones, y nos sería imposible obtener este objetivo en los contratos unilaterales, pues en ellos no hay prestaciones

recíprocas, ya que en su esencia se caracterizan precisamente por ser una sola la parte que se obliga y queda en la exclusiva posición de acreedor. Pudiendo sólo obtenerse una cesión de crédito, por parte del deudor, o bien, una sucesión a título singular, o particular de la deuda, a través de la asunción de deuda.⁷²

- En segundo lugar es necesario además que el contrato a ceder se encuentre en fase de cumplimiento, es decir, que ninguno de los contratantes haya cumplido sus obligaciones cabalmente, pues si una de las partes hubiera cumplido completamente su obligación, la otra no tendría derecho a exigir el cumplimiento, puesto que su deuda ya no es tal, desapareciendo así la posibilidad de obtener una cesión del contrato.

Así, según lo anterior la cesión del contrato puede efectuarse solamente respecto de los contratos con prestaciones recíprocas, de no ser así se estaría en materia de cesión de créditos o de deuda, y además, supone que el contrato no haya sido cumplido –en todo o en parte- por ambos contratantes. En cambio puede darse, pero no es necesario, que el contrato sea también de ejecución continuada o periódica: en tal caso es posible su cesión –aunque hubiera sido ejecutado parcialmente- por las prestaciones aún no ejecutadas.

La cesión es obra de uno de los participantes en el contrato que constituye su materia, el cual –cedente- participa de acuerdo con un tercer sujeto -cesionario- extraño al contrato al cual le transfiere el contrato mismo, esto es, su propia calidad de contratante respecto de la contraparte –cedido-. En sustancia, para que pueda realizarse la cesión de un contrato –ya existente- es preciso un contrato entre cedente y cesionario. La cesión del contrato no puede producirse sino por medio de la estipulación de otro contrato: la cesión de contrato es a su vez un contrato, o bien la materia del contrato de cesión es un contrato.

⁷² GALÁN SOLANO, Rosa. *op. cit.*, p. 11.

Limitaciones a la cedibilidad del contrato. Las limitaciones a la cedibilidad del contrato pueden consistir en restricciones a la cesión, que pueden llegar incluso a impedirla por completo. Estas son:

- La cesión de contratos *intuito personae*: Cuando el contrato ha sido concebido teniendo por esenciales las cualidades personales de los contratantes, la cedibilidad, en este caso, es una facultad que no existe en la posición acreedora y/o deudora del contratante cedente. Dado que es frecuente que los contratos se celebren en atención a la persona del contratante, es primordial saber dónde se encuentra la línea divisora a partir de la cual la consideración del contratante es esencial hasta el punto de que el contrato no pueda seguir cumpliendo su función tras la salida del contratante original. En la práctica las partes previsoras pueden trasladar la cuestión al ámbito de la incedibilidad convencional o al de la cedibilidad con aprobación del cedido, de la que nos ocupamos más adelante. Si el contrato es *intuito personae*, la cláusula contractual debe ser de incesibilidad, porque la imposibilidad de cumplimiento de una parte reconduce a una reorganización de aspectos fundamentales del contrato. Si el contrato no es *intuito personae*, la cláusula contractual debe tender a una necesidad de aprobación de la cesión por el cedido, porque éste es el dispositivo que permite la continuación del contrato con un cesionario del agrado del cedido, en otras palabras, es la cláusula adecuada para la cesión que suponga una adaptación del contrato.⁷³ A falta de previsión de las partes que elimine el problema, queda pendiente el decidir si cabe o no la cesión. Este problema no se presenta tanto en función del tipo del contrato, sino que en el de la configuración que le hayan dado las partes y alude directamente a la posibilidad de cumplimiento por un tercero.⁷⁴ La excepción al principio de legitimación universal para el pago a que dan lugar los contratos *intuito personae* en el aspecto pasivo, priva de objeto al pacto de cesión entre cedente y cesionario, porque éste no podrá realizar la prestación, y si la calidad de *intuito personae* afecta a todo el contrato, tampoco podrá reclamar

⁷³ ALTERINI, Aníbal Atilio y REPETTI, Joaquín Enrique. "La cesión del Contrato" Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 45.

⁷⁴ MESSINEO, Francesco. *op. cit.*, p. 256.

el pago del crédito que adquirió del cedente. En rigor, no cabe la cesión del contrato de ésta calidad si las partes no lo privan de esta nota, modificándolo. El consentimiento dado por el cedido a la cesión producida con anterioridad supone una modificación del contrato cedido, en el sentido de hacerlo cedible. De no haber este consentimiento, no podrán establecerse vínculos entre cesionario y cedido, sin perjuicio de los efectos a que dé lugar el acto de cesión entre cedente y cesionario.

- Aquellos cuya cedibilidad ha sido prohibida por la ley o por las partes: la incedibilidad del contrato puede haberse hecho explícita por la ley o por las partes al contratar. Los efectos de la incedibilidad legal o de la convencional son los mismos de la cesión de un contrato *intuito personae*. La incedibilidad legal puede ser de carácter dispositivo o imperativo; puede estar establecida en protección de una parte, o de otra, o de ambas; por último, ha de ser cuidadosamente interpretada para ver si afecta al contrato como un todo o solamente a la posición deudora, estableciendo una excepción al principio de legitimación universal para el pago.⁷⁵ La incedibilidad convencional no presenta el problema relativo a su imperatividad. Pero si bien puede dar certeza a una situación dudosa de presencia de *intuito personae*, en cuyo caso este elemento debe tenerse en cuenta para inclinar la balanza hacia la incedibilidad, esta cláusula puede resultar difícil de distinguir de la mera reserva de aprobación del cedido que veremos ahora.
- Sin impedir la cesión, las cláusulas que someten la cesión a la aprobación del cedido suponen una dificultad suplementaria: las partes en el contrato cedido pueden reservarse la facultad de aprobar la cesión producida. Esta cláusula como hemos dicho, otorga un rol activo al cedido en la cesión. Contemplada ahora la cuestión desde el contrato cedido, la cláusula debería ser capaz de establecer con claridad los efectos de la cesión antes de la aprobación por el cedido, y los efectos de la aprobación en relación a la cesión después de dicha aprobación,

⁷⁵ GARCÍA-AMIGO, Manuel. ob. cit., p. 46.

serán los datos que cedente y cesionario tendrán en cuenta al momento de pactar la cesión.

CAPÍTULO II

APLICACIÓN GENERAL DE LA CESIÓN DE CONTRATO BASADA EN EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: LA TRANSMISIÓN DE LAS RELACIONES NACIDAS DE UN CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA NOVACIÓN

Cuando en la parte anterior establecíamos los tres tipos de posiciones en los Códigos modernos frente al problema de la transmisibilidad de la relación contractual, encuadrábamos a nuestro Código Civil en el último de los apartados, es decir, en el sistema denominado por García-Amigo como de admisión discutible. Con ello queremos significar que nuestro Código no regula expresamente la cesión de contratos, tampoco la asunción de deudas: omisión esta última que repercute en la transmisibilidad de la relación contractual, toda vez que el contenido de ésta se integra precisamente de relaciones obligatorias, según hemos visto. Estas consideraciones nos imponen un detenido examen de la posibilidad de actuación de ambos fenómenos en nuestro Derecho.

Nuestro Código Civil sigue de cerca el Code de Napoleón, aunque con algunas diferencias notables. Ambos códigos mezclan y confunden la novación con el cambio de sujetos de las relaciones obligatorias. Producto de una época en que aún se vivía en gran medida bajo el influjo del Derecho Justiniano, no fueron capaces de independizarse terminológicamente de aquél: lo que ha causado una tremenda confusión de conceptos, ya que en la vida práctica, los negocios del tráfico, los usos del comercio, utilizan fórmulas bastante lejanas de las que usaban los romanos.

Nuestro Código Civil dedica el título XV del libro IV, bajo la rúbrica “De la Novación” a regular una serie de figuras que no caben en el concepto tradicional de aquélla. Sin embargo, a primera vista parece que nuestro Código considera a la novación como un modo de extinguir las obligaciones y nada más: ello podría fundamentarse, de una parte, en la posición sistemática que la novación ocupa en el mismo, ya que se encuentra en la enumeración de los modos de extinguir las obligaciones del artículo 1567, y posteriormente el Código desarrolla sistemáticamente cada una de ellas en donde se encuentra en el título XV la novación.

Pero si de estas consideraciones pasamos al articulado mismo de la novación, a los preceptos concretos de ésta, que la regulan específicamente y los relacionamos con otros preceptos del Código Civil y de las demás leyes especiales que integran nuestro Derecho Privado Patrimonial, hemos de concluir que lo regulado bajo el rótulo de la novación desborda a la “*novatio*” clásica, considerada como modo de extinguir obligaciones: las posibilidades previstas en el artículo 1631 del código implican alteraciones en la relación obligatoria que no tienen la virtualidad de extinguirla, o si se quiere, que la novación del código de Bello tiene dos significados diferentes: uno que lleva consigo la extinción de la deuda y liberación del deudor y otra que simplemente la modifica. En efecto, el artículo 1631 en relación con el 1634, prevén tal duplicidad de supuestos. De otra parte los artículos 1632 y siguientes regulan la subrogación del acreedor o del deudor en cuanto a la diputación para el pago, donde no se presume la novación, sino que con una declaración expresa de los interesados; además, están los artículos que regulan la cesión de créditos; todos los preceptos del Código que reglamentan, por ejemplo, la subrogación por pago; distintos tipos de cesiones -que son la tradición de los derechos personales-, así como las cesiones legales del contrato de arrendamiento y de seguro.

¿Qué se deduce de todo este articulado? ¿Permite el Derecho Privado Patrimonial ordenamiento jurídico, por tales preceptos integrados, la transmisión *inter vivos* y a título singular de las relaciones jurídicas nacidas de un contrato en todas las formas técnicamente posibles? Nosotros creemos que sí; y para exponer tal conclusión realizaremos un atento examen, que nos permita justificar ésta solución, cosa que, por otra parte, nos llevará a la fundamentación jurídica de los negocios de cesión de contratos que en la práctica diaria del tráfico se realizan.

Para empezar vamos a tomar en cuenta uno de los más importantes y determinantes precedente históricos en esta materia, y esta es la delegación novatoria, la que establece el cambio de deudor como una de sus formas; en el Código Civil chileno la encontramos en el artículo 1634 y siguientes, pero hay algunas pequeñas diferencias, tanto por lo que se refiere a la manifestación del *animus novandi*, como por

lo que respecta a la eficacia. En efecto, si bien antiguamente se requería la intervención y consentimiento patente de los tres interesados, el *animus novandi* debe ser declarado abiertamente -según las Partidas-, mientras que en el Código Civil puede deducirse su existencia cuando la nueva obligación se oponga a la antigua, es decir, se está admitiendo la expresión tácita del *animus novandi*.

Ahora bien, interpretando los artículos 1628⁷⁶ y siguientes, podemos decir que el artículo 1631⁷⁷ comprende las posibles alteraciones que una obligación puede experimentar después de nacer y en el que se sitúa, desde luego, la novación de las mismas. El que nuestro Código Civil conciba, uno de los modos de extinguir las obligaciones –la novación-, como una forma de alterar el mismo vínculo obligatorio, se explica por el hecho de que la novación, además de ser un procedimiento extintivo de la relación obligatoria es, al mismo tiempo, un modo transformativo del deber de prestación contenido en la antigua obligación y que ahora se plasma en el nuevo vínculo originado por la novación.

Así, dentro del concepto general de “modificación” de la obligación, podemos afirmar que caben tres cosas, conceptual y legislativamente distintas, a saber:

- a) La novación -extintiva-: ya se cause ésta por alteración del objeto, de la causa o de cualquiera de los sujetos, cuando reúna los requisitos exigidos por el Código Civil. La novación consiste en la sustitución de una relación obligatoria por otra nueva: por el acuerdo de los interesados la obligación existente desaparece y es sustituida por otra nueva que nace de sus cenizas. Así, la novación es el cambio de una relación obligatoria por otra con ánimo extinguir la primera, siendo sus requisitos

⁷⁶ Artículo 1628: “La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”

⁷⁷ Artículo 1631: “La novación puede efectuarse de tres modos:

1º Substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.

2º Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.

3º Substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre. Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.”

esenciales una obligación preexistente, la creación de otra nueva, la disparidad entre ambas y la voluntad de llevar a cabo la sustitución. El requisito del *animus novandi* es el verdaderamente esencial y típico de la novación: él constituye precisamente el elemento diferenciador frente a las otras dos figuras. El Código exige que la voluntad de novar ha de concurrir necesariamente, sea en forma expresa o tácita, en otro caso, la novación no existe, así no declarando los contratantes expresamente el ánimo de novar, para que la novación opere, es preciso que la antigua y nueva obligación sean claramente opuestas.

- b) La modificación –simple-, con las mismas modalidades de la novación, y en la cual se comprenden todas las demás alteraciones que la relación obligatoria pueda experimentar y que no constituyan un supuesto a) o un supuesto b). El concepto de modificación nos vendría dado por exclusión, y se le podría caracterizar como toda alteración que la obligación experimenta sin que constituya transmisión. La frecuencia con que se presenta en la vida práctica es grande; pero sólo nos interesa la subjetiva, por cuanto pudiera confundírsela con la transmisión. En la misma se comprenderían los supuestos de delegación no novatoria, las indicaciones de pago o diputación, el afianzamiento de una obligación, etc.

La separación de la modificación simple frente a la transmisión no ofrece grandes dificultades. La una implica ingreso en una titularidad jurídica obligatoria de una persona más, la cual aporta también la garantía de su patrimonio por el incumplimiento, sin que nadie salga o se libere de la obligación; la otra, en cambio, lleva consigo la entrada de un sujeto en la titularidad de una relación obligatoria, y que otra, en este mismo momento y por esta causa, abandona la relación. La primera origina un aumento o disminución de titulares en un polo de la relación obligatoria; la segunda, en cambio, una sustitución. Y ambas no afectan el aspecto objetivo de la relación de que se trate.

Por lo que respecta a los límites entre la transmisión y la novación subjetiva, el problema se complica, ya que ambas figuras suponen salidas de obligados de la relación obligatoria. Pero existe entre ellas una diferencia esencial, pues mientras en la

novación se extingue la obligación al desligarse de ella su titular –naciendo al mismo tiempo una nueva-, en la transmisión, por el contrario, la relación permanece, ingresando en la misma otro titular distinto. En la novación el nuevo obligado está vinculado por un vínculo diferente del que ligaba al titular anterior.

Pero, ¿es posible la transmisión de las obligaciones a la vista del artículo 1634⁷⁸ de nuestro Código Civil?. Para que no haya novación -en el caso en que se encuentre en duda el *animus novandi* tácito- se exige que la obligación en el antiguo titular y en el nuevo no sean opuestas, es decir, que puede existir la obligación de uno sin eliminar la del otro, que coexistan, que puedan compatibilizarse, que no entrañe contradicción jurídica la existencia de las dos en una misma obligación.

Pero en la transmisión esta condición no se cumple. Si se pretende basar la sucesión en las relaciones obligatorias en el artículo 1634 solamente, hemos de concluir que la transmisión de las obligaciones es algo imposible. Y ello porque la obligación del antiguo deudor y la del nuevo no son compatibles en el sentido del artículo 1634: sus deberes están dotados de coacción en el mismo vínculo jurídico, son sencillamente desacordes. Porque cuando el cesionario entra en la relación obligatoria, precisamente entonces y por ese mismo hecho, sale de ella el cedente; desde el momento de la transmisión el cedente ya no está más en la obligación; lógicamente no puede concebirse una compatibilidad.

Pero esta interpretación de los artículos 1631 y 1634 no cierra en absoluto la transmisibilidad de las obligaciones en nuestro Derecho Privado Patrimonial; quiere decir solamente que ha de buscársele otro fundamento, el que a nuestro modo de ver se encuentra en el dogma de la autonomía de la voluntad, sancionado por los artículos

⁷⁸ Artículo 1634: “Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua. Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera.”

1445, 1461 y 1466⁷⁹ y además por el artículo 1545 que es la disposición que nos vale de telón de fondo para la doctrina de la autonomía de la voluntad. Así el principio de la fuerza obligatoria del contrato, enérgicamente reconocido por este artículo coloca la voluntad de las partes en el mismo plano que la ley; y este principio ha interpretado nuestra jurisprudencia de distintos modos, y forjando una conclusión de todas ellas, podemos decir que cuando se habla de autonomía de la voluntad se quiere decir que el individuo tiene el poder de realizar los negocios jurídicos que crea convenientes, pudiendo no solamente engendrar tal acto jurídico, y por consiguiente producir efectos de Derecho, sino que aún los que él quiera que se produzcan, penetrando en el mundo jurídico no solamente porque han sido queridos, sino que además, cómo han sido queridos.

La ley da a las partes el poder de crear una norma jurídica vinculante de su conducta futura con relación a algo que está en su poder, norma creadora de deberes recíprocos entre los titulares de una relación contractual. Mientras tales deberes no infrinjan los límites marcados por el objeto lícito de nuestra legislación, pueden las partes pactar lo que ellas estimen, incluso la transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato. Si logramos probar que la transmisión de las obligaciones no sale fuera del marco establecido como límite a la autonomía de la voluntad, debemos concluir que tal institución es perfectamente posible en nuestro Derecho Privado Patrimonial. Para probarlo examinemos cada una de aquellas limitaciones:

l) ¿Es la transmisión de las relaciones nacidas de un contrato prohibida por el artículo 1461 inciso final⁸⁰ en lo que se refiere al objeto ilícito?

A) Quizá el mismo artículo 1545 que establece el efecto relativo de los contratos, pudiera citarse como norma que en algún modo prohibiera la transmisión:

⁷⁹ Referidos todos a la teoría del objeto ilícito la que establece que: “Es lícito el objeto que no es contrario a la ley, orden público o a las buenas costumbres”; todos conceptos variables en el tiempo y en el espacio, en donde aún no existe consenso en la doctrina.

⁸⁰ Artículo 1461 inciso final: “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”

a) Artículo 1545: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Por regla general, es decir, salvo excepciones admitidas por la ley, el contrato no produce efecto respecto de terceros, esto es, no perjudica ni beneficia a terceros⁸¹. La autonomía privada, de la que el contrato es el desarrollo, no podría legitimar invasiones a la órbita de los derechos del tercero. Este principio general implica sin embargo que haya sido precisado el concepto de “tercero”.

El artículo 1545 nos señala que el contrato produce efectos sólo entre las partes que lo celebran; por lo mismo, está estableciendo que los contratos no alcanzan en su eficacia a patrimonios de terceras personas ajenas al negocio contractual.⁸² Es la sanción jurídica del principio jurídico *“res inter alios acta neque prodest”*. Y la transmisión de las obligaciones, que se realiza a través del mecanismo jurídico del contrato, queda también sometida a esta norma.

El concepto de tercero en materia contractual no se puede determinar sino de la manera negativa. Pero aún así, la figura del tercero no surge nítida en todos los aspectos porque el causahabiente y el acreedor son terceros para ciertas relaciones, pero están en situación análoga a la de las partes, para otras. Cuando se dice, como es sabido, que es tercero quien no es parte –en cambio es tal siempre el heredero y por lo general el causahabiente de una de las partes-, no se dice lo suficiente, porque el causahabiente para ciertas relaciones debe ser considerado tercero y porque –a la inversa- el acreedor del contratante –que por lo común es tercero respecto del contrato- puede

⁸¹ En sus exactos términos, el artículo 1545 del CC significa que el contrato, en cuanto fuente de obligaciones –artículos 1437 y 578- no hace deudor ni acreedor de las obligaciones y Derechos creados por él, sino a las partes contratantes.

⁸² Así según el artículo 1097 del Código Civil, también son partes del contrato los herederos de las partes, por lo que no son terceros ajenos a este; son los continuadores del causante, lo representan para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

ser, en ciertas contingencias, asimilado a “parte” en el sentido de que él no puede desconocer los efectos del contrato estipulado por su deudor. Pero existe una institución en la que debemos prescindir de ésta explicación tan radical y lo es la cesión de contrato, ya que el cesionario, subentra en el conjunto de los efectos del contrato en el lugar del cedente, no es tercero, sino parte, aunque sea sobreviviente.⁸³

Ahora bien, delimitando el alcance y sentido del precepto citado –artículo 1545- debemos decir, en primer lugar, que cuando dispone que el contrato es una ley para las partes -y sus herederos en una situación precisa- se está refiriendo sólo al contrato como productor de efectos jurídicos –por el hecho del nacimiento de éste- sin prejuzgar para nada la posibilidad de que un convenio posterior –sucesión en la relación- pueda tener por objeto precisamente el trasladar a un tercero distinto de aquellos la posición jurídica nacida del contrato base o que se cede. Pues bien, sabido es que las obligaciones, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales, establecen inmediatamente una relación entre personas y sus patrimonios; al suceder en la titularidad activa o pasiva de la relación obligatoria o contractual ¿no se estará afectando también al otro titular, alcanzando los efectos del contrato de cesión al patrimonio de un tercero, del acreedor, del deudor o de la contraparte, ajeno a tal negocio? ¿Con la transmisión de las obligaciones no estaremos en contra del principio del efecto relativo de los contratos del artículo 1545, y en consecuencia contra la ley, y por tanto, contra el límite del objeto lícito según el artículo 1466⁸⁴, uno de los artículos que constituyen el principal límite al principio de la autonomía de la voluntad? Examinemos este problema:

1. Por lo que respecta a la transmisión de la *titularidad activa* se puede afirmar que la misma no afecta más que a los participantes en el negocio de cesión, es decir, al cedente y cesionario: al patrimonio del primero, por cuanto la cesión de

⁸³ MESSINEO, Francesco. *op. cit.*, Tomo I, p. 183.

⁸⁴ Artículo 1466 parte final: “Hay asimismo objeto ilícito en ...y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”

créditos implica una enajenación de un derecho –ya que implícita en la cesión se encuentra una compraventa o algún otro título translaticio de dominio en donde la cesión tiene su origen- y, si la cesión es onerosa, es decir, existe un ingreso de una cantidad de dinero u otro bien al patrimonio del cesionario, que recibe el crédito cedido como contrapartida la correspondiente salida de dinero u otro bien. En cambio, al cedido no le afecta para nada la cesión: jurídicamente hablando, tan obligado sigue frente al nuevo deudor como lo estaba con el antiguo, adeudando la misma prestación que garantiza igualmente con todo su patrimonio. Quizá desde un punto de vista extra jurídico el cambio de deudor pueda afectarle por la mayor o menor benevolencia del antiguo o del nuevo acreedor.

2. Con referencia a la transmisión pasiva de la relación obligatoria, la solución del problema es diverso, al menos en la fundamentación legal, no puede llegarse a la misma conclusión afirmativa. Para el cedente y cesionario vale lo dicho en el apartado anterior. Pero en cuanto al cedido, en este caso el acreedor, sí que afecta la cesión de la deuda en la calificación de su patrimonio. El objeto del derecho de crédito se sustancia, en definitiva, en su deber de prestación que entraña una actividad personal. Además la obligación no es el simple deber personal de cumplir, sino también la garantía jurídica del patrimonio del deudor para el caso de incumplimiento, lo mal llamado por la doctrina como derecho de prenda general establecido en el artículo 2465 del Código Civil. Ahora bien, estas dificultades lo único que impiden es la semejanza, en cuanto a la estructura, de la sucesión en la titularidad activa con referencia a la pasiva. Pero no por esto, a nuestro modo de ver, se cierra la posibilidad de sucesión a título particular en las deudas. Ello porque la condición necesaria y suficiente para que ésta pueda tener lugar es que se salve la norma del artículo 1545, que establece el efecto relativo de los contratos, y en la transmisión de las deudas puede hacerse esto de dos maneras: o no afectando al patrimonio del acreedor o que éste participe en el negocio de cesión, dándole la categoría de parte contractual. Lo primero conduce a la solución negativa, ya que para no afectarle habría que no transmitir, limitando la eficacia de la transmisión a una mera

asunción cumulativa. Lo segundo nos lleva a la solución positiva, configurándose el negocio de asunción privativa de deuda como negocio bi o trilateral, con intervención en todo caso del consentimiento del acreedor, ya sea como requisito de existencia del pacto de cesión o de eficacia ¿Y cómo en esta situación puede decirse que se infringe el principio *res inter alios acta* el artículo 1545? Más bien, ocurre lo contrario, pues se está actuando de acuerdo con él, porque el cedido, el acreedor, participa en el negocio de cesión, y por lo mismo es parte contratante. En consecuencia, la transmisión de las deudas salva el escollo del artículo 1545, y cabe perfectamente en el artículo 1466, en cuanto a que no es contrario a la ley, y más específico aún, no es contrario al principio del efecto relativo de los contratos.

3. Con respecto a la cesión de contratos y a la posibilidad de su realización en nuestro Derecho, debemos adoptar también la solución positiva. Su transmisión no es, en definitiva, más que la sucesión en la relación contractual compleja de créditos, deudas y demás facultades nacidas de un contrato sinalagmático. Si logramos probar que la sucesión es posible con referencia a cada uno de los elementos que la integran, podemos afirmar asimismo la cesibilidad de la relación contractual como tal. Ya hemos probado la posibilidad de sucesión en los créditos y en las deudas. ¿Puede probarse también la cesión de los demás derechos integrantes de la relación contractual? Entre ellos, se enumeran la condición resolutoria tácita, la *exceptio inadimpleti contractus* del artículo 1552 del Código Civil, mal llamada “la mora purga la mora”, el derecho a solicitar la rescisión del contrato, etc. Para dilucidar el problema de su transmisibilidad hay que tener en cuenta su especial naturaleza y esencia jurídica. Estos derechos, por definición, sólo pueden vivir dependientes de la relación principal en función de la cual nacieron, concretamente de la relación contractual básica nacida del acuerdo de voluntades. Con independencia de ella, no tienen sentido ni existencia. Lógicamente se deduce de esto que el derecho potestativo no puede transmitirse aisladamente, porque al separarse de su relación desaparece. En cambio, tanto conceptual como técnicamente es concebible su transmisibilidad conjunta con la relación de la que forman parte integrante. Su

transmisibilidad cabe, por tanto, al amparo de los artículos 1461 y 1466, además según el artículo 1460 con respecto al objeto, establece que “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de *dar*, hacer o no hacer.” y así si éste artículo lo complementamos con el 565 y con la teoría de la “Cosificación del Derecho”, podemos decir, que los derechos potestativos son “encuadrables” dentro de las cosas incorporales, y al ser cosas, pueden ser claramente objeto de un contrato; por otro lado, la prestación en el caso de la cesión de derechos es de dar, la de entregar derechos. Por tanto, llevando el argumento a la cesión de contratos se puede, y debe sostenerse, la posibilidad de transmisión de la relación contractual en nuestro Derecho positivo, y ello porque una vez probado que nada se opone a la transmisión de los singulares elementos que integran su contenido, es perfectamente posible la sucesión singular en la misma según los artículos 1545, 1460, 1461 y 1466 del Código Civil.

b) ¿Pero qué pasa cuando los derechos y obligaciones que emanan del contrato no sean transmisibles o por su naturaleza o por pacto o por disposición de la ley? Normalmente los contratos producen efecto entre las partes que lo celebraron; pero esta eficacia puede ser trasladada a un tercero, sea por herencia, sea mediante negocio entre los interesados. Pero esta cualidad de los efectos contractuales de la no transmisibilidad son dictadas especialmente en las normas de la sucesión por causa de muerte y en las obligaciones *intuitu personae*; pero en todo caso es de resaltar que la no transmisibilidad la configura el legislador como excepción. En consecuencia, sólo por las causas y en los casos taxativamente designados habrá intransmisibilidad, interpretando en la duda a favor de la norma general.

B) Otro argumento podría oponerse a la procedencia de la transmisión de las relaciones obligatorias. Veíamos antes, en los artículos 1631 y 1634 que el cambio de deudores debe llevar siempre consigo la incompatibilidad u oposición de la relación jurídica, como criterio para determinar la existencia de la novación extintiva con un *animus novandi* tácito. Teniendo en cuenta esto se nos podría argüir que los

pactos celebrados según el artículo 1461, cuya finalidad sea la sustitución de deudores sin que por ello exista novación, iría contra los artículos 1631 y 1634 del Código, siendo por ello, contrarios a la ley y sancionados en tal caso con la nulidad de los mismos. Pues bien, si la contradicción entre los preceptos 1461 y 1634 fuera real, no sería difícil de resolverla a favor del 1461, dada la primacía de que goza este en relación a los citados. En efecto, mientras el artículo 1461 es una norma de carácter imperativo, esto es, de Derecho necesario, los del artículo 1628 y siguientes tienen una naturaleza dispositiva simplemente y así, en caso de duda, deberá prevalecer el primero. El artículo 1634 es una norma contra la cual pueden perfectamente pactar las partes, basándose en aquella otra norma básica, general y de calificación fundamental para nuestro ordenamiento que es el artículo 1461, sin que ello entrañe un acto contra ley en el sentido del artículo 1466 del Código Civil. Además, bien examinado el problema, no existe tal contradicción, debido a que el propio artículo 1634 no es más que una manifestación concreta y positiva de lo establecido en el articulado del objeto, al que suple y complementa. Así, la novación es obra de la voluntad de los obligados, declarada terminantemente o inducida de la oposición (voluntad tácita) entre la obligación nueva y antigua. Pero si hay voluntad expresa de no novar o, más precisamente, de transmitir, en tal caso no estamos en presencia de ninguno de los supuestos del artículo 1634, sino que dentro del ámbito de los artículos 1545 y 1460 y siguientes del Código Civil. Al ser campos distintos la novación y la transmisión, la aparente contradicción entre aquellos dos preceptos está mostrando su falta de realidad.

El principio de la autonomía de la voluntad de que gozan las partes hace perfectamente posible y lícita la declaración del acreedor en el sentido de dar por libre al primitivo deudor. No existe disposición legal alguna que le impida hacer tal declaración y no se divisa ningún principio de orden público que pudiera ser afectado por ella⁸⁵.

II) ¿Es contraria a la moral la transmisión de las relaciones nacidas de un contrato? En principio la transmisión en sí es un contrato neutro en cuanto a su moralidad o ilicitud,

⁸⁵ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *op. cit.*, p. 222.

dada su mera finalidad de trasladar situaciones jurídicas de distintos extremos. Ahora bien, si las relaciones obligatorias a transmitir son inmorales, también lo será la sucesión en las mismas, por cuanto la cesión tiene por objeto precisamente esas relaciones básicas. Recordemos que la cesión es un negocio que se realiza para modificar subjetivamente la eficacia producida por otro, y esto le sitúa en una especie de dependencia respecto de éste. Por eso, si el contrato cedido fuere contrario a la moral o a las buenas costumbres, la cesión estaría afectada en su objeto y en su causa. Por otra parte, la cesión es distinta del contrato base, y por consiguiente, puede estar afectado en sus propios elementos, con independencia de aquél, por ejemplo, por vicios del consentimiento o ilicitud de la contraprestación. Pero estos son los supuestos de todo contrato, más como tal negocio traslativo, la cesión de las relaciones obligacionales en sí sólo no es inmoral, sino que facilita el tráfico de tal manera que si fuera inmoral, este tráfico estaría prohibido, situación que claramente entraría toda circulación de bienes, principio básico de nuestro Código Civil.

III) ¿Es la cesión contraria al orden público? El concepto de orden público no es alcanzado por la cesión de las relaciones contractuales, toda vez que éste es un contrato puramente particular o privado que desarrolla su eficacia exclusivamente entre los patrimonios de las partes interesadas.

Haciendo un resumen de lo hasta ahora expuesto, que recoja las consecuencias de la tesis defendida, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1. Cuando en una alteración subjetiva de la relación obligatoria nacida de un contrato hay voluntad de los interesados expresamente manifestada en sentido novatorio, meramente modificativo o de transmisión, habrá de estarse a ella.
2. Si no hay voluntad expresa en ninguno de los sentidos antes mencionados, toda alteración subjetiva de las relaciones derivadas del contrato que impliquen oposición o incompatibilidad entre los momentos anterior y posterior el cambio lleva consigo una novación, no sólo porque entonces entra en juego la norma dispositiva con todas las consecuencias, sino también porque dicha

incompatibilidad causada por la voluntad libre de los contratantes implica una intención tácita de novar.

3. Dada la naturaleza de las normas dispositivas de los artículos 1631 y 1634 y, con fundamento en las normas acerca del objeto y el artículo 1545 de nuestro Código Civil, puede darse la posibilidad de transmisión de las relaciones contractuales en todos los supuestos concebibles, siempre teniendo en cuenta que cualquier interesado en ella debe consentirla, pudiendo por supuesto oponerse a ella.
4. Concretando el principio general antes enunciado, entendemos que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es posible transmitir las relaciones obligatorias que un contrato origina con las siguientes formas:
 - I) Como transmisión de la *relación obligatoria*:
 - A) Sea en su titularidad activa:
 - a) Mediante cesión de créditos, artículos 1901 y siguientes,
 - b) Mediante subrogación por pago, legal o convencional, artículos 1608 y siguientes.
 - B) Sea en su titularidad pasiva: Asunción de deudas:
 - a) Bien a través de un negocio legalmente tipificado: artículos 1962 y 1968, aunque existe discusión en la doctrina acerca de si realmente estos serían casos de asunción de deudas establecidos por nuestro Código.
 - b) Bien a través de un negocio atípico basado en la autonomía de la voluntad y el respeto al objeto lícito, lo que en doctrina llamamos contratos atípicos o innominados.
 - C) Sea en su titularidad activo-pasiva de una relación obligatoria sinalagmática, mediante el doble negocio de cesión de créditos y asunción de deudas -claro eso si, con la prevenciones antes dichas, ya que la asunción de deudas propiamente tal en nuestra legislación

no existe, y además con este doble negocio la transmisión de los derechos potestativos de cada contrato quedaría en discusión-.

II) Como transmisión de la *relación contractual*, y esto:

- A) Sea mediante negocio legalmente tipificado, como sucede en nuestra legislación en el contrato de arrendamiento, seguro y transporte.
- B) Sea mediante negocio atípico, basado en el principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, mientras afecten intereses privados y su objeto y causa sean lícitos.

En principio, todo contrato, cuya naturaleza no sea de carácter personalísimo en sus prestaciones, es cedible. Ahora bien, esta posibilidad teórica se ve limitada por la función económico-social de la institución: la necesidad de sustituir a los titulares del contrato. Por ello, este problema no se da realmente en los contratos cuyo cumplimiento es coetáneo o próximo a su perfección, ya que en su corta vida no se plantea el problema de cambio de sujetos; ni tampoco en los contratos gratuitos, debido a que pueden generalmente ser transmitidos mediante la asunción de las deudas o cesión de los créditos que originan. Por tanto, el ámbito más propicio de aplicación de la cesión de contratos se encuentra en los contratos sinalagmáticos de ejecución continuada o diferida, parcialmente o en su totalidad.

CAPÍTULO III

ESTRUCTURA DE LA CESIÓN DE CONTRATOS

El contrato de cesión, que es la transmisión de la relación contractual, es un contrato atípico, y por tanto, entregado en la mayor medida posible a la autonomía Privada de los contratantes; por otra parte, nuestro Código Civil contiene normas generales de carácter imperativo aplicables a la determinación de la estructura de cualquier contrato, incluso de los atípicos. Entre estas normas se encuentran fundamentalmente las que fijan los elementos esenciales para la existencia del contrato, entendiendo por esenciales aquellos requisitos cuya ausencia del negocio se sancionan con la inexistencia de éste. Nos referimos concretamente a los artículos 1444 y siguientes.

Se denominan contratos nominados o típicos los que han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o en leyes especiales, e innominados o atípicos a los que no lo han sido. Es más acertado, atendiendo a este criterio, simplemente clasificar los contratos en típicos o atípicos, ya que las expresiones nominados e innominados, desde el punto de vista semántico significan con un nombre o sin él. Ahora, como bien dice López Santa María⁸⁶, hay contratos dotados de algún nombre, consagrado por el repetido empleo, y que sin embargo son atípicos, puesto que carecen de reglamentación legal particular.

Según lo anterior, podemos decir que el contrato de cesión de contrato es un contrato atípico pero nominado, ya que no se encuentra regulado por nuestra legislación, pero posee un nombre ampliamente conocido por la doctrina nacional y comparada.

Si examinamos el artículo 1445, podemos desprender que una persona legalmente capaz, que presta su consentimiento exento de vicios, tiene amplia libertad

⁸⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. "Los Contratos Parte General", 4ª edit. revisada y ampliada, Ed. Jurídica de Chile, 2005, Tomo I, p. 137.

para contratar sobre cualquier situación que no constituya un objeto ilícito ni tenga una causa ilícita.

Como nos dice el autor antes citado “es evidente que las partes interesadas pueden celebrar contratos no regulados por el legislador, que aquellas modelarán en función de sus intereses en juego. La autonomía de la voluntad subsiste en suficiente medida, como para que su derivado, el principio de la libertad contractual, permita a los co-contratantes que, en conjunto, den a luz contratos no previstos ni normados de antemano por el legislador”.⁸⁷

La Corte Suprema muchas veces ha reconocido esta situación – específicamente en la materia que es objeto de este estudio- que desemboca directamente en los contratos atípicos⁸⁸, y cuya única limitación es el respeto de las exigencias comunes a todo acto jurídico, en especial, la licitud del objeto y la causa.

En consecuencia, perfectamente se puede celebrar una cesión de contrato, porque la institución en sí misma, no constituye un objeto ilícito y no tiene una causa ilícita. Ahora si así ocurriera, sería inválido el negocio de cesión, más por causas generales, pero no por la ilicitud de la institución.

El contrato atípico, de acuerdo al artículo 1545, también es una ley para las partes, o sea, tiene plena fuerza obligatoria. El problema de los contratos atípicos es otro: ¿cómo quedan regulados sus efectos, si las partes no previnieron las dificultades

⁸⁷ *ibid.* p. 138.

⁸⁸ En sentencia de 28 de diciembre 1921, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXI, sección 1ª, p. 931 (reiterada en otras posteriores, v. gr., 14 enero 1947), nuestro más alto Tribunal expresó: “los códigos no legislan sobre los muchos y diversos contratos a que puede dar vida jurídica el interés y las necesidades de las personas en sus múltiples relaciones de todo orden y los que se obligan por ellos no están obligados a referir sus estipulaciones a ninguna clase determinada. Dentro del principio de la libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos.” En esta misma sentencia se calificó como innominado el contrato por el cual se cede a otra persona, por un precio determinado el derecho de explotar por tiempo indefinido el carbón que existe en el fundo cedente.

sobrevinientes? Vale decir que el problema es determinar la legislación supletiva por la cual se rigen.

Con respecto a lo anterior, por no ser materia directa de nuestro estudio, sólo diremos que los contratos atípicos en que las partes no previeron reglamentación aplicable en caso de conflictos, tal vacío se salvará a través de la reglamentación general que en materia de obligaciones establece el Código Civil, además de encasillar, si ello es posible, el contrato atípico en alguna de las clases de contratos típicos efectivamente regulados por él.

En cuanto a los requisitos que el contrato de cesión debe reunir, al margen de los ya conocidos para todo contrato, se discute si la forma de constitución de éste debe ser la misma en cuanto a los requisitos establecidos para la constitución o perfección del contrato cedido. La doctrina italiana piensa que el contrato de cesión, al ser un “accidente o un apéndice” del contrato cedido, debe cumplir con todos los requisitos de formación de éste⁸⁹. En España Díez-Picazo está de acuerdo con Carresi en el sentido de que al tratarse de un negocio de segundo grado la forma requerida es la que se exige para el negocio de primer grado⁹⁰. En nuestra opinión, partiendo del carácter atribuido a la cesión, pensamos que ésta queda sometida a las normas de cesión establecidas por el artículo 1901 y siguientes, y eventualmente a los exigidos al negocio base si éste es de aquellos que requieren de algún tipo de solemnidad u otro requisito especial, y no se admita la autonomía del negocio de cesión del mismo contrato a ceder. Si esto no es así, admitimos el principio de la libertad de forma y específicamente las formalidades convencionales.

Los temas claves en materia de cesión de contrato, pueden reducirse a los siguientes, que presentan una perfecta correspondencia con los requisitos que el artículo 1445 de nuestro Código Civil exige para todo acto jurídico:

⁸⁹ CARRESI, Franco. “Cessione del Contratto”, Milano, 1950, *apud* GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 272.

⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *op. cit.*, p. 833.

- Consentimiento de los contratantes y muy particularmente presenta relevancia el consentimiento del cedido ya que existe discusión sobre cuál sea el papel de éste, que se puede reputar de innecesario e irrelevante para la cesión, o de requisito de eficacia, o incluso como elemento esencial que integra entre los requisitos para la propia validez de la cesión. Este aspecto no es primordial, pero veremos que juega su papel al momento de determinar las modalidades de la cesión de contrato.
- Causa de la obligación: es la materia en que la doctrina ha demostrado mayor discusión y cuya importancia es capital.
- Objeto: el cual debe ser cierto, real, determinado y comerciable -para algunos requisito de validez-. Es una cuestión básica, cuya resolución determina no sólo el punto anterior, sino también cuál sea la naturaleza de la figura y sus efectos.

A. La causa de la cesión de contratos.

Dice el artículo 1467 de nuestro Código Civil que no puede haber una obligación sin una causa real y lícita, y que la causa es el motivo que induce al acto o contrato.

Todos los autores que estudian la cesión de contrato coinciden en que se trata de un negocio jurídico causal; en lo que ya no están de acuerdo es al momento de fijar cuál sea la causa del mismo. Frente a este problema se formulan dos opiniones: de un lado, quienes consideran como causa del contrato de cesión la misma que tiene el contrato cedido, en ésta posición se encuentran Teles y Cicala⁹¹: para ellos es un único negocio traslativo causal, cuya causa estaría constituida por la venta de los créditos a cambio de la asunción de las deudas respectivas, pero ¿cómo se explica la existencia de un precio para la cesión? ¿Y que sucede cuando después de celebrado el contrato base, el valor comercial de la situación de parte contractual ha experimentado

⁹¹ Autores citados por GARCÍA-AMIGO, M. *op. cit.*, p. 356.

aumentos económicos y beneficios que antes no existía?; la cesión en este caso ¿tendrá la misma causa de la celebración del contrato base?

De otro extremo de la doctrina, estiman que el negocio de cesión tiene su propia causa, distinta e independiente a la del contrato base cedido, en ambos casos la causa es distinta, en uno se crea y en otro se transfiere.

Pero desglosemos lo dicho anteriormente para poder así entender a cabalidad cuál es la causa correcta o eficiente del contrato de cesión, y así conseguir una adecuada construcción de nuestra figura.

Como se indicará en este capítulo⁹², las profundas divergencias entre los autores al tratar el tema de la causa de la cesión del contrato es algo que llama la atención. La explicación más inmediata que se nos ocurre para este fenómeno es que los autores fijan su atención en aspectos distintos, centrándola en una u otra de las vertientes de la cesión, es decir, como convenio entre cedente y cesionario o como modificación del contrato cedido por cambio de una de sus partes originarias.

También hay que tener en cuenta, al discutir el tema de la causa, la influencia que tiene sobre el mismo la idea que se tenga sobre el objeto de la cesión. La idea de qué es y cómo funciona la cesión ayuda a responder para qué sirve y los autores suelen ocuparse primero de los elementos estructurales, para pasar luego al elemento funcional de la cesión.⁹³

Así, podemos concluir que la cesión de contratos tiene su propia causa, independiente de la del contrato base cedido: la transmisión a un tercero de la relación

⁹² Véase *infra*. p. 100 y ss.

⁹³ Si se coincide en llamar “contrato” al negocio jurídico celebrado entre cedente y cesionario tendiente a una cesión, el contrato de cesión no tiene tipicidad legal en Chile como una figura de Derecho Civil común y entonces hay que derivarlo del tipo general de contrato. Para ello dada la exigibilidad de causa establecida por el artículo 1467 de nuestro Código Civil, referida a las obligaciones que genera, habremos de referirnos a este tema. Ahora lo introducimos por la vía del concepto causa del contrato, o función económico negocial y por tanto elemento funcional y no estructural, que puede ser determinante o no del tipo a configurar y constituye la onerosidad o gratuidad, según la teoría clásica de la causa.

contractual. Ahora bien, esta finalidad económico-jurídica, que actúa como causa para el cesionario puede tener diversos tipos de contraprestación, e incluso no tenerlas, como cuando las partes entiendan que las prestaciones recíprocas son equivalentes, cuando el título de la cesión sea gratuito, es decir, constituido por mera liberalidad, o incluso el cedente puede desembolsar al cesionario en el caso en que las obligaciones sean superiores a los derechos que se transferirán; así vista desde este lado la cesión de contratos, es un negocio con causa variable pero no abstracta.

La cesión de contrato es una figura fenómeno que tiene su origen en un convenio entre cedente y cesionario, convenio que se desarrolla dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad. Los efectos de este convenio serán los previstos por la partes y que sean sancionados por el Derecho, siempre que se encuentren dentro de los límites que el Derecho otorga a la libertad contractual. El convenio se clasificará como de cesión de contrato cuando tienda a que quien en el mismo aparece como cesionario, pase a ocupar el lugar del cedente en un contrato que se vincula a este último con un tercero –cedido-; pero el efecto querido por las partes será más o menos logrado no sólo en función de sus pretensiones, sino también en la medida que hayan escogido el camino idóneo para que la ley sancione este efecto. Así, la ley puede autorizar el efecto al margen de toda intervención del cedido, o al contrario, no sólo no permitir el efecto, sino que negar validez al pacto entre cedente y cesionario en el que no haya intervenido con carácter simultáneo el cedido, del modo que ni siquiera haya que plantearse en qué medida es oponible la cesión al cedido.

La cuestión queda centrada: al preguntarnos por la causa, nos situamos en el negocio tendiente a producir el indicado efecto –contrato de cesión- y hay que tomar esa causa para establecer las relaciones entre cedente y cesionario.⁹⁴ Dejemos de lado, por el momento, al cedido: su protagonismo es decisivo en otra etapa, y puede serlo también en la que afecta el convenio entre cedente y cesionario, pero hay que analizarla desde otra perspectiva.

⁹⁴ Que es a lo que se inclina, incluso de modo quizá no conciente cuando por ejemplo se estudia la cesión del contrato como venta de posición contractual, a pesar de decir también que el cedido, que no vende ni compra, concurre a prestar su consentimiento *sine qua non* al negocio.

Ya situados en el convenio entre cedente y cesionario, el problema se muestra más delicado. Puede verse el elemento causal en el efecto buscado por las partes de forma más o menos inmediata: entendiendo que la causa es la sustitución en el contrato cedido del cedente por el cesionario, o entendiendo que la causa hay que buscarla en las obligaciones creadas por el contrato cedido. Es decir, según lo anterior, tenemos que podemos considerar a la causa como una intención de adquirir unos derechos haciéndose sujeto de unos deberes –cesionario- y librarse de éstos perdiendo aquéllos –cedente-, o bien concebirla como el interés de adquirir el bien jurídico objeto de la prestación que el cedido está obligado a realizar. Estos son, en síntesis, los planteamientos que caben desde las posturas causalistas.

Lo anterior no puede considerarse, sin embargo, más que como una simplificación. La doctrina italiana oscila entre considerar que la cesión de contrato tiene una causa invariable, que es la intención de transmitir la posición contractual o el vínculo contractual provocando la salida de una de sus partes y el ingreso sucesivo de un tercero, o de otra parte, considerar que la causa de la cesión de contratos es variable. Pero sucede que las diferencias entre quienes sustentan esta última tesis son radicales, a diferencia de los que sustentan la tesis de la invariabilidad. Mientras que Carresi⁹⁵ opina que la causa es variable porque la cesión tiene la causa que tenga el negocio cedido, otros opinan que la variabilidad nada tiene que ver con la posibilidad de que se ceda uno u otro contrato, es decir, con el contrato cedido, sino que depende exclusivamente de la forma en que cedido y cesionario configuren la cesión⁹⁶. En esta última polémica vemos claramente cómo se pone alternativamente el acento en el contrato cedido o en el convenio de cesión.

En Portugal, la interrogante acerca de la causa de la cesión ya se planteó como algo básico sobre lo cual hay que preguntarse en algún momento para llegar a comprender la problemática de la figura, y hoy se admite que la causa es variable en el último sentido expuesto, como lo recoge el artículo 425 del Código Civil portugués. En

⁹⁵ CARRESI, Franco. "Cessione del Contratto", Milano, 1950, *apud* GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 355.

⁹⁶ Tesis sostenida por Betti, Galgano y Cicala entre otros. Autores citados por GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 357.

Francia el tema no ha suscitado un interés especial hasta la intervención de la postura de Laurent Aynes, a la que también haremos referencia más adelante. En España se reproducen las discrepancias en cuanto a si debe considerarse como causa la finalidad de transmitir la relación contractual o su contenido, como opina García-Amigo⁹⁷ o bien si la causa de la cesión es variable como opina Valls Taberner.⁹⁸

Si se quiere tener una noción útil de la causa de la cesión de contrato, hay que hacerla homogénea a la noción de causa del negocio jurídico en general, según las concepciones que admita el Derecho. Desechemos de entrada la posibilidad de que en Chile la cesión de contrato sea un negocio abstracto y consideremos que la causa es la finalidad querida por las partes. Desde una postura, los negocios jurídicos típicos lo son por tener una causa que se objetiviza al cumplir una reconocida función económico social y que las partes pueden modelar dentro del margen de la tipicidad. Ante negocios jurídicos atípicos, por falta de utilidad de una causa que los haga típicos, la intención de las partes pasa a un primer plano, como único punto de referencia, y se hace claro que en sentido propio, no cabe referirse a la causa del contrato sino a la *causa de la obligación de cada parte*, y sólo a partir de su contraste, hablar de contratos onerosos o gratuitos. El acuerdo de voluntades en este caso, que da origen a un contrato atípico –como es el caso en estudio- no funde las voluntades por las que nació al haber concurrido éstas, y por lo tanto, no podemos extraer de él *per se*, la causa de sí mismo; la finalidad perseguida por el contrato creado, en este caso, sólo se puede desprender de las voluntades que concurrieron para formarlo.

¿Cabe asociar una causa constante, típica a la cesión de contrato? La respuesta es afirmativa si sólo se atiende a la finalidad de transmitir la relación contractual o su contenido, o lo que en definitiva, lo que se considera como objeto de la cesión. Sin embargo, esta postura es criticable porque sólo va dirigida a dar una unidad y consistencia a la institución; es cierto que las partes en el convenio de cesión pretenden salir y entrar, respectivamente, de una relación contractual, pero esto es

⁹⁷ GARCÍA-AMIGO, Manuel. ob. cit., p. 359.

⁹⁸ VALLS TABERNER, Luis. “La Cesión del Contrato en el Derecho Español”, Editorial Bosh, Barcelona, 1955, p. 62.

quedarse en las puertas del fenómeno, porque justamente las partes desean esta salida y entrada para algo. Es en esta finalidad mediata, pero exteriorizada entre ellas, en la que hay que buscar la causa, no en el remedio jurídico que utilizan para lograr su propósito. Sobre esta posibilidad de admitir diferentes causas para la sustitución, debemos analizar las posturas que admiten que la causa de la cesión es variable.

En primer lugar, ya se ha mencionado la de Franco Carresi en el sentido de que la causa del negocio de cesión es la misma que la del negocio cedido. Este autor contempla la cesión meramente como un apéndice del contrato cedido, un accidente de éste; como veremos, en Italia se discute la eficacia del pacto entre cedente y cesionario antes de que el cedido preste su consentimiento a la cesión, tema que el autor en referencia resuelve a base de no considerarlo ni siquiera *válido inter partes*. De este modo, si la cesión sólo se tiene en consideración cuando ya concurre el consentimiento del cedido, que es parte en el negocio de cesión, ésta sólo tiene interés en tanto que se produce una sustitución, con relevo efectivo de un sujeto por otro: la causa se buscará en el contrato cedido y no se plantea ninguna interrogante acerca de las relaciones entre cedente y cesionario puesto que ellos solos no pueden provocar ningún efecto en relación a la cesión.

Si bien con un planteamiento distinto, pero muy cercano de esta actitud puede situarse la de Laurent Aynes⁹⁹ en Francia. Constatando que el contrato no es un objeto sino un medio de realizar una operación económica y que obtiene su fuerza obligatoria por la presencia de una causa suficientemente relevante para el Derecho, la causa también es un factor de fragilidad para el contrato en el tiempo: pudiendo desaparecer para una parte, puede mantenerse la fuerza obligatoria a condición de que un tercero adquiera la causa del contrato y ello justifica, explica y exige el fenómeno de la cesión del contrato. De este modo, para este autor francés, el acto de cesión también aparece como algo neutro, destinado a producir esta sucesión de un sujeto por otro en el contrato: toda la importancia se le atribuye al contrato cedido, incluso de modo que la

⁹⁹ Autor citado por FERNÁNDEZ LAMA, Cristián. "Ensayo sobre la cesión de contratos en los casos no regulados específicamente por la ley". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2002, p. 97.

causa de éste borra toda posibilidad de duda o pregunta acerca de la incidencia de las relaciones entre cedente y cesionario que, a diferencia de lo que sucede en otros actos y negocios jurídicos de tres personas, no tiene ninguna sobre el contrato cedido.

Tampoco son pacíficas las posturas si se parte de la base del negocio tendiente a la cesión, porque aquí también se dejan sentir las diferencias acerca de lo que sea el objeto de la cesión. La cuestión queda ilustrada en relación a la posibilidad de que la cesión de contrato pueda ser un negocio gratuito: Cicala¹⁰⁰ en cuanto a la opinión de que la cesión de contrato se configura en base a una transmisión de un crédito y a la asunción de una deuda correspondiente a dos obligaciones sinalagmáticas, piensa que la cesión de contrato nunca puede ser un negocio gratuito, ya que por hipótesis, hay asunción de deuda, aunque sea interna, y si las partes atribuyen un valor positivo al crédito mayor que el negativo a la deuda y no prevén una prestación del desbalance, puede existir un negocio mixto de donación. La cesión de contrato tiene de este modo la causa de los negocios típicos, por ejemplo: compraventa si se cede el crédito a la entrega de una cosa a cambio de asumir la deuda del precio, o permuta si se adquiere la deuda de entregar de una cosa. Pero en todo caso, la causa para este autor se basa en las relaciones entre cedente y cesionario

Por el contrario, la teoría unitaria conduce a cosificar en cierto modo al contrato de cesión y la cesión puede ser a título oneroso o a título gratuito, sin que ello dependa de forma exclusiva de la existencia de un precio por la cesión. Sin despreciar el dato más o menos objetivo del valor atribuible al crédito y a la deuda, el carácter oneroso o gratuito depende de la consideración subjetiva de las partes.

La relevancia práctica de esta cuestión radica en que en el Codice Civile, en su artículo 1410 contempla la garantía de validez del contrato cedido, sin distinguir, como en cambio lo hace en materia de cesión de créditos, si el negocio de cesión sea oneroso o gratuito. Así admitido que el negocio de cesión pueda ser gratuito, es importante decidir si en tal caso la garantía también se debe.

¹⁰⁰ CICALA. "La Cessione del Contratto", Milano, 1962, *apud* GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 357.

Si se atiende a las relaciones entre cedente y cesionario, la causa de la cesión varía y no cabe duda de que el negocio puede ser gratuito si las partes así lo consideran. Es cierto que el cesionario adquiere la carga económica de la deuda que grava al cedente, pero las partes pueden atribuir un valor despreciable o sin importancia a esa carga. Por este motivo no se ve inconveniente alguno en admitir la posibilidad de que la cesión tenga una causa gratuita y al mismo tiempo explicar la cesión como la cesión de un crédito y una deuda: una cosa es la descripción del dispositivo o vehículo jurídico que canaliza la actividad de los sujetos, y otra cosa son las representaciones económicas o afectivas que las partes se hagan, que es el fenómeno extrajurídico, por más que mantenga contacto con el jurídico por medio de la teoría de la causa¹⁰¹.

Si bien la causa de la cesión es referible a las relaciones entre cedente y cesionario, será preciso ver qué papel juega la causa del contrato cedido entre cesionario y cedido, cuando el primero pasa a ocupar, a todos los efectos, el lugar del cedente.

En síntesis, aquí no se niega que la causa del negocio de cesión sea la transmisión de la posición contractual del cedente al cesionario, con las precisiones que sobre este mecanismo se harán en el apartado siguiente, en particular en cuanto a que lo que se produce es un efecto en relación al crédito y deuda corresponsivos del cedente.

¹⁰¹ Este doble nivel es frecuente en el Derecho. Un ejemplo es el siguiente: pensemos en la constitución de una sociedad en la que un fundador A aporta su negocio individual y recibe por él acciones por el valor que se le atribuye al negocio en bloque; en el pasivo de este negocio figura una deuda ante B. Supongamos que B también es socio de esta sociedad y su aporte es exclusivamente el crédito que tiene contra A. B recibirá las acciones correspondientes a la valoración de este crédito pero no por ello deja de extinguirse por confusión al reunir la sociedad la calidad de deudor y acreedor. De este modo la deuda de A no ha sido tomada en consideración de forma particular al recibir éste sus acciones, pero el efecto jurídico de la confusión se ha producido igualmente, porque jurídicamente esta deuda sí tiene una existencia individual.

B. El objeto del negocio de cesión de contrato.

¿Cuál es el objeto en la cesión de contrato? No hay perfecto acuerdo en la doctrina con respecto a esto. Estas diferentes concepciones del objeto son:

- Unos establecen que el objeto de la cesión es “la posición jurídica” o “*status*” de contratante, constituida por la referencia objetiva de todos los efectos jurídicos que derivan del acuerdo de voluntades para cada una de las partes; por ésta posición abogan autores como Barassi, Ferrara, Messineo, Calagrosso, Betti y Valls Taberner, entre otros.
- Muy próxima a ésta es la opinión de aquellos autores que consideran objeto de nuestro negocio a la “cualidad de parte de una relación contractual”, “de un contrato con prestaciones recíprocas aún no cumplidas”, por ésta perspectiva encontramos a Carresi y al autor alemán Früh.
- Otros autores –Sieber, Stoll, Nicolo, Puleo-, en cambio, objetivizan el concepto y lo refieren a la relación jurídica constitutiva del contrato base. Esta opinión es igual a la anterior, con la única diferencia de hacer resaltar el aspecto objetivo de la relación jurídica, mientras que aquélla destaca el aspecto subjetivo de la misma: en cuanto toca directamente al sujeto, constituyéndose en situación jurídica.
- Algunas opiniones, particularmente las más antiguas, en el tiempo que la cesión de contratos se refería únicamente a algunos supuestos en que el negocio se documentaba a la orden, consideran como objeto de la cesión al contrato como valor económico, como si fuese un título de valor apreciable comercialmente en sí y por sí mismo.
- Finalmente, Andreoli ha escrito que la sustitución debe entenderse en toda la posición contractual, creada para el cedente, y particularmente también en el contrato mismo, como título constitutivo y como fuente reguladora de los derechos y obligaciones referentes a la antedicha relación contractual. El subingreso del cesionario en la posición contractual del cedente implica también su sujeción a la supradicha fuente reguladora de la relación contractual, la cual

después del perfeccionamiento de la cesión, vinculará al cesionario, como anteriormente vinculaba al cedente.¹⁰²

Pero para determinar cuál es el objeto de la cesión de contrato como figura contractual, debemos atender, en primer lugar, a la legislación de cada país, ya sea que regule la cesión del contrato como un contrato propiamente tal, sólo la asunción de deuda o que ni siquiera admitan, expresa y directamente, la transmisibilidad de ésta como es el caso de nuestro Código Civil. Además de considerar lo anterior, debemos tener presente para este estudio en particular las distintas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la cesión de contrato, especialmente la unitaria y la atomista. Según esto, podemos dividir la concepción del objeto de esta institución según aquellas legislaciones que admiten la cesión del contrato y aquellas que no, sin perder de vista desde luego, el fin último de la cesión, que será siempre el mismo, sea que ésta figura contractual tenga regulación o no.

En los países en que existe una regulación positiva de la cesión de contrato como en Italia y Portugal no es difícil llegar a la conclusión de que, en definitiva, lo que constituye el objeto en el contrato de cesión es la relación contractual, de contenido complejo y polarizado con referencia a una de las partes, formando lo que hemos llamado *status* o posición contractual. Esto es lo efectivamente transferido en la cesión de contratos. Esta concepción del objeto es fácilmente extraíble de la teoría unitaria, que justamente es la que siguen los códigos que tipifican la cesión del contrato.

Pero el problema se nos presenta en las legislaciones en que no existe una codificación de la cesión del contrato y más difícil aún, en las que no existe regulación positiva de la asunción de deuda, como acontece en la nuestra. En este caso, para alcanzar una configuración del objeto de la cesión de contrato, acorde con nuestra legislación, es necesario un estudio más profundo y acotado de las distintas aristas del tema, y siempre de la mano de la teoría atomista, ya que en nuestro caso, no existe un estatuto legal, es la teoría que nos ofrece una mejor ayuda para la explicación de esta institución.

¹⁰² ANDREOLI, Marcelo. *op. cit.*, p. 3 y ss.

En materia de objeto, y también en materia de efectos de la cesión, por su recíproca influencia, es preciso remontarse a las premisas enunciadas sobre la autonomía de la voluntad, en especial a la que sitúa el pacto entre cedente y cesionario como desencadenante del fenómeno. Las opciones que se le presentan a cedente y cesionario, son muy variadas en función no sólo del efecto pretendido, sino también en función de datos suministrados por el contrato cedido, es decir, las relaciones entre cedente y cedido.

De este modo, las relaciones cedente-cesionario, partes en el contrato de cesión, pueden quedar configuradas por estos sujetos con flexibilidad, como ejemplo el cedente puede admitir seguir siendo deudor ante el cedido e incluso actuar como mandatario del cesionario a partir de la aceptación del cedido, o por el contrario, puede desear apartarse de forma absoluta del contrato cedido traspasando al cesionario incluso las deudas ya vencidas y además supeditando la eficacia de la cesión mediante condición suspensiva o resolutoria, a que el cedido le libere efectivamente de todas las obligaciones contraídas.

En cuanto al ámbito de “movimiento” de cedente y cesionario para con el cedido, éste es mucho menor. Aquí existe una realidad cuya modificación no está por entero en sus manos: el contrato con el cedido, que mantiene su fuerza obligatoria para el cedente. El pacto entre cedente y cesionario debe tener en cuenta el contrato cedido, el objeto en sentido amplio de su pacto y adaptarse a sus peculiaridades, naturales o convencionales. El contrato cedido se impone pues a cedente y cesionario: su naturaleza hará plausible la cesión con una mínima intervención del cedido, o descartará toda posibilidad de cesión sin su intervención, o la hará imposible simplemente por ser el contrato a ceder *intuito personae*. Los datos extra jurídicos también entrarán en consideración por las partes, por ejemplo, el interés del cedido en continuar el contrato con obligaciones de tracto sucesivo cuando surja una imposibilidad de cumplimiento entre las partes originarias, que pueda solventarse por la cesión a un tercero que pueda continuarlo.

Por todo ello la cesión de contrato, con una causa variable, en el sentido visto, produce efectos moldeables en función de la voluntad de las partes en el negocio y la realidad impuesta por el contrato cedido tiene un rasgo identificador muy tenue que algunos identifican con su objeto: la intención de que el cesionario sustituya al cedente en el contrato, sustitución que pudiendo ser más o menos acabada en lo jurídico, hay que entenderla como una sustitución de facto o económica.

Si se parte de la base de que los efectos de la cesión pueden variar en cada caso en función del propósito de las partes y de los límites que les impone el contrato cedido, en términos generales, puede decirse, que el objeto de la cesión de contrato es el contrato cedido. Sin embargo, esta idea no es suficiente para describir el exacto funcionamiento del fenómeno de la cesión: si los efectos son variados, hay que penetrar en detalle, descendiendo a dilucidar cuáles son los componentes de este objeto y cómo se produce esta variedad de efectos desencadenados por la voluntad del cedente y cesionario.

Según lo estudiado, dentro de los sistemas romano-germánicos la figura de la cesión del contrato se recoge en algunos Códigos Civiles como el italiano de 1942, el portugués de 1966, el holandés de 1985, el senegalés de 1963 y la compilación de Navarra del año 1970.

En el Derecho alemán, suizo y austríaco la regulación legal de la asunción de deuda ha permitido llegar a la admisión de la cesión de contrato como figura homogénea.

En el Derecho francés como en el nuestro, a falta del apoyo del reconocimiento legal de la asunción de deuda, la cesión de contrato se ha sustentado sobre figuras especiales de cesión, principalmente en materia de arriendo, seguros y el principio de la autonomía de la voluntad. Lo mismo ha sucedido en otros sistemas como el brasileño y el venezolano.

Mayor interés recaba el problema eminentemente práctico de en qué supuestos la transmisión del crédito supone también la sustitución de su adquirente en la deuda

correlativa y la discusión surge en relación a si estos supuestos son una excepción a la intransmisibilidad de la deuda o tienen otra explicación. En la doctrina ha sido un tema clave, en general, el de la transmisibilidad de la deuda, y así, en aquellos países en que este paso no se ha franqueado, como el nuestro, la figura de la cesión del contrato parece quedar asimétrica en su construcción: no queda más remedio, entonces, que configurar la cesión de contrato como una cesión de crédito y una novación de la deuda o una estipulación a favor de tercero, como ha sido tradicionalmente en el caso de Francia y Bélgica. En aquellos países como Alemania, Suiza y Austria, en que la transmisión de la deuda no es un obstáculo previo, se ha podido evolucionar hacia la consideración de que la cesión de contrato encierra de una forma unitaria la transmisión a un tercero de los créditos y las deudas nacidas de un mismo contrato del que es parte el cedente, aún a falta de texto legal explícito, requiriéndose la transmisión de las titularidades potestativas en las que reside uno de los aspectos dedicado a la construcción de la figura.

Aparece así como punto inicial a tratar, la suficiencia o la insuficiencia de concebir la cesión de contrato descomponiéndola en cesión de crédito y de deuda, no sólo como cuestión dogmática sino que como dato necesario para determinar el vehículo por el cual se produce la cesión. El planteamiento clásico de las teorías unitarias, para tratar de superar a la teoría atomista, se inspira en la constatación de que los vínculos que nacen de un contrato no pueden reducirse a la relación de créditos y deudas. Solamente la teoría unitaria, al tener en cuenta la mayor complejidad de esos vínculos, podría dar una explicación cabal del efecto: la sustitución de una parte originaria en un contrato por un tercero.

Para poder dilucidar cuál es realmente el objeto de contrato de cesión, tendremos de desglosar previamente o si se quiere, aclarar, una serie de situaciones relacionadas a nuestra institución.

La cesión de contrato: acto y efecto. Es conveniente insistir en la distinción que hay que establecer entre la cesión como efecto con el de negocio jurídico de cesión del contrato. El negocio jurídico de cesión de contrato tiende a la sustitución de una de las

partes de un contrato por un tercero, el que entra a la posición de la parte saliente, que le transmite su posición de forma derivativa. El efecto del negocio de cesión de contrato, en la medida en que baste la voluntad del cedente y cesionario, queda perfecta por el mero consentimiento y por este motivo, puede no resultar evidente la diferenciación conceptual entre el negocio jurídico de cesión, la transmisión de la posición jurídica y la entrada del cesionario en la posición del cedente. Por lo tanto, hay una estrecha relación entre el efecto, cesión o transmisión o sucesión, y su causa eficiente: el negocio de cesión. Esto conduce a preguntarse lo siguiente:

¿Cuáles son las condiciones mínimas para que pueda considerarse que C ha pasado a ocupar el lugar de A en el contrato bilateral X?

Sólo contestando lo anterior cabrá preguntarse cuáles son los medios jurídicos que permiten en un negocio *inter vivos* conseguir ese efecto.

Por acto *inter vivos* C puede pasar a ocupar la posición de A por medio de una “renovación del contrato”¹⁰³, esto es, dando por extinguida la primera relación, se constituye de forma idéntica una segunda, en la que C ocupe la posición que A ocupaba en la primera. Aunque este procedimiento excluye la idea de transmisión como dispositivo que evita la extinción y la constitución, fue defendido como teoría explicativa de la cesión y luego considerada por la doctrina como su teoría negadora, precisamente por excluir la idea de transmisión. El rechazo de esta explicación, presupone la posibilidad de explicaciones alternativas del fenómeno, fundamentadas precisamente en la posibilidad de transmitir la posición de una de las partes en un contrato bilateral. Por la misma razón se deja fuera del campo de las teorías sobre la cesión aquellas teorías atomistas que descomponiendo la cesión en sus elementos pasivos y activos, entienden que se produce una novación de la deuda.¹⁰⁴

¹⁰³ O también *renovatio contractus*, otra de las teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la cesión de contrato.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ LAMA, Cristián. *op. cit.*, p. 46.

En resumen, al efecto pretendido de la sustitución de A por C definido en el párrafo anterior, se le agrega la condición de que la entrada de C en la posición de A, sea en todos los elementos del vínculo, derivativa, es decir, C debe ser titular del *mismo* crédito y de la *misma* deuda que A.

Según todo lo anterior, plantearemos la cuestión así: la cesión de contrato, como negocio jurídico entre cedente y cesionario, tiende a producir unos efectos en relación a las obligaciones generadas por el contrato cedido, y lo que hay que explicar es cuáles son estos efectos y qué dispositivos los explican, no definirlos con un patrón estrictamente ajustado ni tampoco hacerlos depender de unas circunstancias objetivas que hacen abstracción del acto que los genera.

La transmisión de la deuda. Estamos de acuerdo con Luis Díez-Picazo¹⁰⁵ cuando opina que lo esencial no radica en si cabe o no el cambio de deudor fuera del cauce que ofrece la novación, sino seguramente en saber si el cambio produce un efecto modificativo o extintivo creador de un nuevo vínculo, para lo que conviene fijarse en dos aspectos fundamentales:

- La vinculación entre el adquirente de la deuda con el primitivo deudor y la liberación de éste: cuando la transmisión de la deuda la pactan el deudor con un tercero, éste queda vinculado por el pacto ante el deudor, pero esta vinculación no provoca la liberación del deudor, que sólo está en manos del acreedor realizarla, antes, después o al aceptar al nuevo deudor.
- La subsistencia de las garantías pactadas por terceros: la posibilidad de transmitir la deuda, bien como supuesto de novación, o bien en virtud de otro dispositivo, no tiene relevancia alguna en cuanto al régimen de las garantías pactadas por terceros, que se extinguen desde el momento en que el acreedor libera al deudor para el cual las prestaron, en el caso que no consientan en dicha sustitución. Sin embargo todo lo relativo a los terceros en la cesión del contrato lo dejaremos de lado por exceder al ámbito de la institución en estudio.

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *op. cit.* p. 813.

Centrémonos en el primer punto, y para esto tomemos el esquema de la delegación de deuda que establece nuestro Código Civil en sus artículos 1632, 1635 y siguientes: el acuerdo entre deudor/delegante/cedente y el tercero/delegado/cesionario, por el cual éste se obliga a realizar las prestaciones que el deudor debe hacia el acreedor/delegatario/cedido, vincula al tercero con el deudor. Por la delegación el pasivo del delegante no disminuye, pero en su activo ostenta un derecho frente al delegado –cesionario-. Viceversa, el activo del delegado no se modifica por la delegación, pero en su pasivo ahora existe la correspondiente obligación ante el delegante. La eventual liberación del deudor por parte del acreedor privaría de objeto a la delegación. En consecuencia, en el activo del delegante cesaría el crédito contra el delegado y en el pasivo de éste ya no existiría la deuda correlativa ante el delegante.

Si planteamos el modelo de la delegación a la cesión de contrato, el delegante es el cedente, el delegado el cesionario, y el acreedor o delegatario el cedido. Esto quiere decir que la relación de provisión entre el delegante y delegado es el pacto de cesión y la relación primitiva entre delegante y delegatario el contrato cedido, en particular la deuda que grava al cedente. De esta manera el delegado -cesionario- se obliga con el delegatario –cedido- en virtud del pacto de cesión de contrato celebrado con el delegante –cedente- que justamente contiene esta delegación.

Como se ha dicho, y siguiendo en el supuesto que sea una cesión de contrato, mediante este acuerdo no disminuye el pasivo del delegante, que sigue vinculado al delegatario/cedido en virtud de la obligación contraída en el contrato cedido, sin embargo, su activo ha aumentado en virtud del pacto de cesión que genera acción para exigir su cumplimiento. A su vez, el delegado/cesionario no ve por la delegación aumentar su activo y sin embargo, en su pasivo ha surgido su obligación ante el delegante/cedente. Pero si nos situamos en la hipótesis de que ésta sea una figura de cesión de contrato, al mismo tiempo en que aumenta el activo del delegante/cedente por el pacto de cesión, aumenta también su pasivo en razón de la obligación contraída con el delegado/cesionario de transmitirle su crédito, la garantía de validez del contrato cedido y todas aquellas originadas del pacto de cesión. Los créditos respectivos de

estas deudas, que permiten al cesionario gozar de los elementos activos del contrato cedido, explican su correlativa obligación ante el delegante/cedente: el delegado/cesionario consiente en obligarse con el delegatario/cedido porque en virtud de la cesión será también su acreedor; y en la relación de provisión/contrato de cesión, consiente en garantizar al delegante/cedente que cumplirá su obligación ante el cedido, porque aquél le transmite la titularidad activa que lo hará acreedor del cedido.

Por ello, dejando de lado la transmisión del crédito contra el cedido, la cuestión de la liberación del cedente de su deuda frente al cedido es algo que atañe unilateralmente sólo a éste en función de la seguridad que le merezca el cesionario, por un lado, y que atañe a cedente y cesionario, por cuanto sus relaciones en el pacto de cesión, se diseñaran en virtud de la importancia que atribuyan a dicha liberación.

Por todo lo dicho hasta ahora no aparece que el cesionario asuma ninguna deuda directamente ante el cedido: se ha presupuesto una mera delegación solutoria o de pago, pero puede ser que cedente y cesionario deseen atribuir al cedido un derecho para que éste pueda dirigirse contra el cesionario, de manera que a éste le haya delegado la deuda efectivamente. Es decir, las partes en la delegación pueden querer dar eficacia externa al pacto. En tal caso, el cedido hallaría ante sí un nuevo deudor, que es la hipótesis en que puede tener cierta seguridad en cuanto al cumplimiento de la deuda contraída por el cedente y así liberarlo. Por su parte, el cesionario sería deudor ante el cedente por virtud del pacto de delegación y ante el cedido por el especial efecto querido por las partes en el pacto de delegación.

Si esta es la vinculación entre la relación antiguo y nuevo deudor y la intervención liberatoria del primero por parte del acreedor, no es extraño que en el pacto entre cedente y cesionario se haya visto una estipulación a favor de tercero, que es uno de los dispositivos mediante los que se quiere explicar por alguna doctrina la cesión del contrato en la vertiente pasiva de la relación obligatoria.

Se ha dicho que ésta sería una construcción artificial de la asunción de deuda, ya que el pacto entre promitente –cesionario- y estipulante -cedente- en el cual aquél se

obliga ante éste a realizar una prestación a favor del beneficiario –acreedor-, sería innecesario porque dicho acreedor ya acredita la prestación antes de la estipulación, y ésta no vendría a otorgarle ningún nuevo derecho¹⁰⁶.

Por otro lado, la aceptación del acreedor/beneficiario, no es condición de “operatividad” de este pacto, sino que sólo fijaría el momento de irrevocabilidad de la estipulación a su favor, como lo indica el artículo 1449.

No obstante, parte de la doctrina entiende que la asunción de la deuda es una estipulación a favor de tercero porque da lugar a un beneficio para el acreedor, dado que el acreedor adquiere un crédito contra el nuevo deudor con independencia de que libere al primitivo deudor, salvo que éste y aquél hayan asociado otros efectos a la falta de liberación, así se equiparan a estos efectos la asunción cumulativa y la asunción liberatoria: en la primera el acreedor obtiene la ventaja de un nuevo deudor y en la segunda obtiene la ventaja, inexistente sin el acuerdo del antiguo y nuevo deudor, de elegir entre uno y otro. Con ello hay que entender que el beneficio para el acreedor se produce por el ingreso de un nuevo sujeto en el polo pasivo de la relación obligatoria, o como se ha dicho, porque se da nacimiento a una nueva obligación a cargo del promitente¹⁰⁷.

En ambos casos, pero especialmente si se considera que existe una nueva obligación, queda como meramente aproximativa la idea de transmisión de la deuda: aún en el caso de que quede liberado el primer deudor, lo que hay es un cambio, bien de un deudor por otro, bien de una obligación por otra con otro deudor, pero no debido a una transmisión de deudor a deudor ¿Impide esto llegar al resultado a que antes hemos definido como de cesión de contrato? pensamos que no, por cuanto el nuevo deudor se encuentra en la misma posición que el primitivo, que es lo que se pretendía.

Además debemos tener presente que aquí la liberación no es un efecto de la asunción como contrato entre asuntor –tercero- y deudor, sino que es efecto de la

¹⁰⁶ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 250.

¹⁰⁷ MESSINEO, Francesco. *op. cit.*, p. 235.

declaración unilateral del acreedor. Por tanto, la liberación del deudor originario que constituye el evento condicionante al cual el asuntor y el deudor subordinan la eficacia de la estipulación por otro, es efecto de una declaración unilateral del acreedor/beneficiario.

Que la situación del nuevo deudor es la misma que la del antiguo, no es difícil de explicar a través de la asunción de deuda. Para que el mecanismo de la estipulación a favor de tercero sea equivalente a ésta, hay que ver que el resultado sea el mismo.

Los deudores –estipulante y promitente-, configuran el aspecto objetivo de la obligación asumida, es decir su prestación. Esta prestación queda configurada como una copia de la que grava al deudor original, o bien identificándose por su destinatario, el acreedor, así estipulante y promitente configuran la prestación de manera que, unido a las características personales del nuevo deudor que se ofrece al acreedor, éste no tenga inconveniente en tener por equivalentes ambas deudas.

En la doctrina se distingue entre estipulación a favor de otro en sentido propio e impropio¹⁰⁸. Para nuestros efectos, si las partes no otorgan al acreedor un crédito que le permita dirigirse contra el cesionario, no cabe hablar de estipulación a favor de tercero, y en consecuencia, habrá que decidir si este derecho es condición mínima para que pueda hablarse de cesión de contrato.

Desde el momento en que se confiere el protagonismo de la cesión de contrato al pacto entre cedente y cesionario, tenemos que son las partes la que deciden qué efectos pretenden y es indiferente que el ordenamiento le otorgue nombres distintos a los mecanismos que los encauzan.

De esta manera, si en el caso concreto cedente y cesionario no estipulan a favor del cedido, la posibilidad de que éste considere como su deudor al cesionario, esta

¹⁰⁸ Por el cual el promitente (en este caso el cesionario) no se obliga ante el beneficiario sino que sólo se obliga ante el estipulante (cedente) a ejecutar una prestación a favor del beneficiario.

figura no es posible para la cesión del contrato y hay que acudir a las figuras que dan cuenta de los efectos de este pacto -sin ésta posibilidad para el cedido-, como la mera delegación para el pago o asunción de deuda con efectos internos, o la combinación de ambas si se entiende que pueden contemplar el mismo fenómeno desde la perspectiva activa y pasiva respectivamente.

En resumen, desde el punto de vista de la transmisión de la deuda, la cesión del contrato queda explicada de modo suficiente¹⁰⁹ con la figura de la estipulación a favor de tercero. Si se considera que la deuda es en sí intransmisible por parte del deudor, la estipulación a favor de otro no sería una explicación necesariamente artificial: el cesionario va a quedar obligado ante el cedido, asumiendo cumulativamente la deuda, en los mismos términos que lo estaba el cedente, porque cedente y cesionario así lo pactan, no en virtud del contrato cedido, porque el cesionario no fue parte en el mismo. En caso de que cedente y cesionario no decidan que éste quede obligado ante el cedido porque no se necesite o no se considere necesario diseñar así la cesión de contrato, será preciso acudir a otra figura.

Las titularidades potestativas. No obstante, al explicarse el funcionamiento de la cesión de contratos como una transmisión de crédito y de deuda en los términos vistos, no se está afirmando necesariamente que lo que haya pasado al cesionario sean exclusivamente el crédito y la deuda, en el sentido de que el cesionario tenga que limitarse a exigir su crédito y a pagar su deuda, como si ambos se hubieran independizado del contrato cedido que los ha generado. El crédito y la deuda de que se trata tienen su origen en un contrato y sólo en determinadas circunstancias cabe su cosificación, desvinculándolos entre sí y su fuente reguladora, estas circunstancias no se dan, cuando este crédito y esta deuda se imputan a una misma persona, aunque no sea su titular originario. Las partes en el contrato de cesión entienden transmitir el contrato. Quieren que el cesionario pase a ocupar la posición del cedente, por lo tanto,

¹⁰⁹ Sin embargo, existe un obstáculo: que son los llamados derechos potestativos que emanan de ésta estipulación, de la que sólo son parte cedente y cesionario, y en donde el cedido, que no es contratante, sólo tiene la acción de cumplimiento frente al cesionario, siempre que dé por liberado al cedente, y se encuentra despojado, por ejemplo de la condición resolutoria tácita; problema que será tratado en el apartado siguiente.

si la posición del cedente en el contrato no se explicaba sólo en términos de crédito y deuda, no hay cesión de contrato si el cesionario adquiere el crédito y deuda, del modo visto como piezas desarticuladas de un todo. De esta manera, la cuestión estriba en detectar los elementos diferenciales entre las dos posiciones y en ver si el dispositivo de transmisión de crédito y de deuda, es o no suficiente. Dicho de otro modo, si estos elementos diferenciales siguen o no al crédito y a la deuda nacidos del mismo contrato por estarles asociados, ya que de ello depende la necesidad de un modelo distinto de cesión de contrato.

Desde el punto de vista dinámico, el contrato es un acto en el que participaron cedente y cedido y que dio lugar a unas relaciones obligatorias pendientes de extinción. Desde el punto de vista estático, por su origen contractual, las relaciones originadas por el contrato están entre sí, en cualquier momento dado, en una posición relativa y distinta: su interconexión deriva de su origen contractual común y combina las necesidades de equilibrio y de seguridad en la realización del proyecto que estaba en su creación¹¹⁰.

El cesionario que entra en la posición del cedente lo hace a partir de un momento determinado: ya no participa en el acto generador de las relaciones que subsisten, pero le afecta en lo sucesivo la interconexión entre las relaciones a las que ha accedido.

La reductibilidad o no de los vínculos generados por el contrato a meras obligaciones sinalagmáticas tiene que ver con una tendencia doctrinal originada en Alemania, seguida en otros países como Italia, que ve en la relación obligatoria un organismo o un proceso, tiende a explicar la existencia de deberes facultades y cargas no reductibles a la deuda ni al crédito estrictamente, entendiendo que la relación obligatoria es un vínculo dinámico por estar condicionado a un fin¹¹¹. El haber agrupado estos elementos facilita la consideración de la cesión de contrato como una operación

¹¹⁰ PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil", Editorial Bosh, Barcelona, 1956, Tomo II, Vol. II, p. 267.

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *op. cit.*, p. 35.

unitaria, no desde el punto de vista del negocio de cesión o de su sentido económico, a lo que no cabe nada que objetar, sino que de su objeto: el contrato como relación.

En las relaciones obligatorias sinalagmáticas preferimos ver todos estos elementos, que hacen de los vínculos obligatorios algo dinámico como contenido del crédito o de la deuda correspondientes, según el planteamiento de Luis Díez-Picazo¹¹²: el crédito como centro de unificación de titularidades jurídicas pero también de cargas, y la deuda como un centro de unificación de deberes y facultades, de manera que, en propiedad cabe hablar de situaciones de crédito y de deuda. La interdependencia de los vínculos en las relaciones obligatorias sinalagmáticas recibe el nombre de sinalagma funcional, y lo que provoca este sinalagma en los vínculos obligacionales puede entenderse como la configuración de las calidades de acreedora y deudora, o pueden tenerse en cuenta de forma separada¹¹³.

En cuanto a las cargas y facultades inherentes a la situación acreedora o deudora, pasan al cesionario en el estado en que estaban en relación al cedente, porque configuran el crédito o la deuda concreta que se trate. El problema lo presentan los derechos potestativos y correlativos deberes de sujeción o facultades de configuración jurídica. Estos, dependientes del sinalagma funcional tienden a preservar durante la vigencia de la relación su equilibrio y la seguridad de la realización del proyecto que se trata de llevar a cabo con el contrato.

La mera transmisión del crédito y de la deuda no bastaría para trasladar estas titularidades al cesionario. La teoría atomista de la cesión de contrato se preocupa de aclarar que estas titularidades deben incluirse como un elemento más en la transmisión. Mientras tanto la teoría unitaria reprueba esta nueva atomización y se

¹¹² *ibid.* p. 58.

¹¹³ MESSINEO, Francesco. *op. cit.*, p. 147. En este sentido, señala al sinalagma genético y sinalagma funcional como los efectos ulteriores del contrato. Cuando el contrato es de prestaciones recíprocas y especialmente cuando es de ejecución continuada y periódica permanece en vida como fuente reguladora del ulterior desenvolvimiento de la relación hasta que ésta se haya realizado totalmente. Sinalagma genético es el contrato en cualquier caso, porque engendra una relación; sinalagma funcional lo es cuando además sirve para mantener por toda la duración del contrato, un fundamento a la relación obligatoria en sus fases de cumplimiento y en el nexa que subsiste entre las prestaciones.

reafirma en la necesidad de considerar el vínculo contractual o la situación contractual como una unidad, sin entrar más allá en el análisis jurídico.

Este análisis ha sido llevado a cabo por Cicala, según su concepción, a la que adherimos, el tema del objeto de la cesión del contrato se resuelve, en síntesis, del modo que sigue: puesto que la cesión de crédito y asunción de deuda no son tipos negociales autónomos, es ociosa la preocupación relativa a la unitariedad del negocio y ésta existe de por sí, aunque se configure la cesión de contrato como transmisión de crédito y de deuda.¹¹⁴

Así entendido, el cesionario del contrato no pasa a ser parte del contrato, sino de las relaciones que éste creó. La cesión es una vicisitud de la relación: la cesión no incide en el efecto del hecho, el contrato/acto, sino que provoca la sucesión en la relación que, como antes se ha dicho también, recibe a veces el nombre de contrato. Y aquí es donde hay que concretar qué aspectos de la relación admiten sucesión, llegándose con ello al problema de los derechos potestativos y a los correlativos a los deberes de sujeción, que los partidarios de la teoría unitaria esgrimen como prueba de la insuficiencia de la suma entre transmisión de crédito y de deuda para explicar la cesión de contrato. La raíz del problema se encuentra en la falta de claridad del tema en cuanto a las distintas incidencias de los vínculos potestativos, bien deriven de la fase genética del contrato, o de su fase funcional, y que pueden ser provocadas por las modificaciones subjetivas de los vínculos obligatorios. Lo importante es que la adquisición de la titularidad activa de los vínculos potestativos se produce, en todo caso, en virtud de la asunción de la deuda, manifestándose en la oponibilidad de excepciones.

En cuanto a los que surgen en la fase funcional, es decir, en virtud del sinalagma funcional, Cicala establece la comparación entre dos supuestos: 1) transmisión del crédito y de la deuda a una misma persona, de forma no simultánea y en virtud de negocios distintos no coligados y; 2) transmisión de crédito y deuda a una

¹¹⁴ CICALA. "La Cessione del Contratto", Milano, 1962, *apud* GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 257.

misma persona en virtud de un mismo negocio, que es la hipótesis del artículo 1406 del Codice Civile. La conclusión es que el cesionario que asume también la deuda en el supuesto 1) es titular de los derechos potestativos por el hecho de reunirse en él la titularidad de un crédito y de una deuda correspondientes. En cuanto a los vínculos potestativos que surgen en la fase genética, también hay coincidencia entre los supuestos 1) y 2) contemplados, y aquí la consecuencia que extrae el autor deriva del planteamiento inicial de que la cesión provoca un accidente en la relación, pero no en su fuente: estos vínculos no se transfieren en ningún caso en su polo activo, mientras que en su polo pasivo se transfieren en virtud de la cesión del crédito que no puede perjudicar al deudor.

La no transferencia de las titularidades potestativas activas deriva de que los hechos que han dado lugar a ellas, como el error o el dolo, han afectado la integridad patrimonial del cedente, pero no la del cesionario, que ha adquirido créditos y deudas en virtud de un nuevo título. Sólo en virtud de pacto expreso en el negocio de cesión se transfieren esas titularidades. Pero en cualquier caso, no transmitidos, queda la duda de su subsistencia, sin perjuicio de la acción de resarcimiento que compete al cedente. El cesionario por su parte queda sujeto a las titularidades potestativas pasivas, ya que la cesión de ninguna forma tiene por fin perjudicar al cedido.

Así, coincidiendo los efectos de la cesión separada de crédito y deuda con la cesión conjunta de los mismos queda expedito el camino para definir como objeto de la cesión al crédito y deuda. La unidad del negocio de cesión de contrato, intentando configurar esta característica de unidad en nuestro sistema, en que la cesión de contrato no existe como tal, sólo puede quedar establecida a través del esquema causal al que nos referido, pues las partes pretenden transmitir la posición contractual entera.

Por otra parte, y ya en otro tema, el objeto de la cesión de contrato, debe cumplir con los requisitos de éste, que establece la doctrina y el Código Civil, tales como: ser real, cierto, determinado, comerciable, lícito, etc.

Pero cabe cuestionarse si la cesión de un contrato futuro sea válida. Así si A conviene con B en la cesión de un contrato que celebrará posteriormente ¿Es válido este pacto? Según el artículo 1461 inciso primero del Código Civil no habría problema ya que es un contrato que se espera que exista. Efectivamente en un tiempo posterior B celebra con C un contrato idéntico al estipulado en la cesión obteniendo el consentimiento de este para la cesión, sea en cesión ordinaria o documentando tal convenio a la orden o al portador (como lo establece el Codice Civile en su artículo 1406), en esta situación no habría ningún inconveniente, pero ¿qué pasaría si el contrato que se prometió celebrar no se perfecciona? Y para este caso ¿es válida la cesión de A en favor de B? Estimamos que sigue siéndolo, sólo que en lugar de realizarse la prestación principal, como ésta deviene definitivamente en imposible, se realizará la secundaria, es decir, la prestación del *id quod interest*.

En cuanto al requisito de comerciabilidad del objeto, éste lo será cuando no se halle separado del tráfico jurídico, es decir, cuando haya ausencia de pacto, ley o resolución judicial que prohíba la transmisión de la relación contractual de que se trate. Tanto las partes, la ley o el juez pueden determinar que el contrato base permanezca siempre entre las partes originarias.

El objeto para que exista según nuestra legislación debe estar determinado a lo menos en su género, pero en la cesión de contrato ¿cómo hacemos esto? ¿Con referencia a las partes del contrato base o a la relación objetivamente considerada? En general entendemos que no sólo debe determinarse en cuanto a la relación y a su contenido, sino también en cuanto a los sujetos de la misma, toda vez que la contractual es una relación en que interceden personas concretas.

Por último también exige nuestro Código que el objeto sea lícito. Quizá en ningún otro negocio jurídico se muestre tan patente la ilicitud del objeto frente a la causa como en la cesión de contratos. En efecto, la cesión puede tener una causa perfectamente válida y lícita, y en cambio estar viciado en su objeto por la ilicitud del contrato base. Concretando el concepto de objeto ilícito, diremos que este es todo el que va en contra la ley, la moral, el orden público o las buenas costumbres.

C. El Consentimiento en la Cesión de Contratos.

Según los artículos 99 y siguientes del Código de Comercio, que regulan en nuestra legislación la formación del consentimiento, podemos desprender que éste no es otra cosa que las declaraciones concurrentes de voluntad, dirigidas a producir los efectos jurídicos queridos por las partes. El consentimiento es, pues, el punto de resultado en la confluencia de las declaraciones de voluntad y ésta es la creadora del negocio jurídico, el principio activo y generador del mismo.

Puede calificarse el contrato de cesión de contrato, según las distintas legislaciones que ya lo reconocen, como un contrato bilateral o trilateral –plurilateral-, según sea que se requiera el consentimiento del cedido como requisito de perfección o no; mas el artículo 1438, si bien está pensado para un contrato bilateral, es perfectamente aplicable a nuestra institución, según los principios generales del Derecho Civil, ya que lo importante es que exista un “encuentro” de voluntades distintas, pero dirigidas a un mismo fin tutelado por el Derecho. Así el consentimiento vendrá constituido por las singulares declaraciones de cedente, cesionario y cedido, aunque sea en tiempos distintos.

Las partes del contrato de cesión: entendemos por parte contractual el que personalmente o representado concurre con su voluntad a la celebración del negocio jurídico y que deberá sufrir la alteración patrimonial que la eficacia del contrato de cesión supone, y que por lo mismo, asiste a la formación del consentimiento negocial, haciéndolo por “la autonomía de su voluntad”. ¿Pero cuáles, y cuántas son estas partes?

- **El cedente:** Tiene como interés inmediato la liberación, al exonerarse de la relación contractual, perdiendo su titularidad y, por tanto, los derechos y obligaciones que integran el contenido de la misma. Para él, dicho acto engendra la obligación de enajenar tales derechos y obligaciones mediante una posterior

tradición, según nuestro Derecho; en el caso del Derecho italiano, este acto tiene para el cedente el valor de una enajenación. Representa el eje central en el negocio de cesión, se le designa como un participante activo.

- **Liberación del cedente:** Cedente y cesionario pueden diseñar la cesión incluso suspendiendo la mayoría de sus efectos hasta que no se conozca la actitud del cedido en cuanto a la liberación del cedente. La liberación del cedente es un efecto ajeno al pacto de cesión y escapa a las facultades del cedente y /o cesionario. Únicamente el cedido, sujeto al que se vinculó bilateralmente el cedente, puede de forma unilateral liberar al cedente. Éste sólo puede conseguir su liberación por sí mediante el cumplimiento de la obligación, aunque sea por pago de un tercero, o provocando el cese de la fuerza obligatoria del contrato cuando concurren las circunstancias precisas. Por ello, aunque exista la cesión del contrato, ésta se produzca y el cedido tenga que pagar a un tercero y recibir él el pago que se le debe, conserva la garantía del cumplimiento de la obligación, a base de no liberar al cedente. Hemos dicho que la liberación del cedente no queda implícita en la aceptación de la estipulación a favor del cedido. Ha de derivar de una declaración de voluntad o de actos concluyentes en tal sentido. Esta solución es la más adecuada si se considera que el cedido no es parte del pacto de cesión y que desconoce los términos del mismo. Lo dicho vale con mayor razón para los casos en que la cesión del contrato implique sólo una delegación de deuda o una asunción interna de deuda. En aquellos casos en que el cedido haya tenido una intervención más intensa en la cesión, porque haya de aprobarla, o en los casos de incredibilidad haya de procederse a una modificación previa del contrato cedido, o por último, cuando la cesión de contrato se plantee como una solución para la continuidad del contrato –imposibilidad sobreviniente-, la liberación del cedente creemos que también debe derivar de una declaración o de una actitud indubitada del cedido. En los supuestos indicados la intervención del cedido ha facilitado la cesión a partir del pacto entre cedente y cesionario y de ello no cabe inferir que haya consentido a ver reducida la

garantía de cumplimiento que obtuvo con la celebración de un contrato que sigue vigente.

Si el cedido accede a liberar al cedente, queda todavía por considerar el alcance de la liberación efectuada. La extensión depende de la naturaleza del contrato cedido y de los términos en que se le haya propuesto y cómo la acuerde el cedido. A falta de estos datos hay que entender como regla que la liberación se produce para los efectos pendientes de la relación, pero no para los ya producidos; sin embargo, esta regla puede carecer de sentido fuera de los casos en que la obligación de la que se libera al cedente sea de tracto sucesivo.

Hay que indicar, sin embargo y para terminar, que en los cuatro códigos europeos en que se regula la cesión de contrato, la liberación del cedente se contempla como efecto de la naturaleza de la intervención del cedido en la cesión.¹¹⁵

- **El cesionario:** su interés radica precisamente en lo opuesto del cedente: si éste estaba interesado en la salida de la relación contractual, a aquél le conviene precisamente ingresar en ella y en consecuencia, su interés es, a efectos de la cesión, de igual categoría que el del cedente. La cesión representa para el cesionario toda una adquisición de derechos.
- **El cedido:** este tiene como interés el de la permanencia de la relación contractual, limitándose, por tanto, a procurar que el cambio de sujeto en el otro polo de su realización produzca iguales condiciones o un mejoramiento de su posición patrimonial ya existente, por las garantías que la nueva parte pueda proporcionar para el cobro de su crédito. De esta peculiar naturaleza de su interés deriva el que su intervención en el negocio sea la mayoría de las veces pasiva, limitándose a aceptar lo que las otras partes hagan y convengan, por lo que se le designa como un participante pasivo. Pero como la eficacia de la cesión alcanza siempre a su patrimonio, debe concurrir su consentimiento siempre, necesariamente, como requisito esencial de validez – eficacia- del negocio de

¹¹⁵ FERNÁNDEZ LAMA, Cristián. *op. cit.*, p. 67.

cesión, pues en otro caso el principio “*res inter alios*” impediría la eficacia propia de la cesión. La razón de ser de la intervención del cedido está en la tutela de su interés, y como es lo normal en el campo contractual, el Derecho confía a los particulares, en este caso al cedido, la defensa de sus propios intereses. Por ser un integrante de gran relevancia, ya que es el que permanece en la relación contractual, y por tanto, en el cual se producirán los efectos de la cesión, es que le dedicaremos un apartado especial:

- **Estatuto jurídico del cedido.** En Italia y Portugal la codificación de la cesión de contrato ha conducido a la doctrina a considerar requisito esencial de ésta la intervención del cedido, sea anterior, simultánea o posterior al acuerdo entre cedente y cesionario. La cesión del contrato es una operación que implica a tres partes. Pero sin entrar en la polémica que atañe a la admisión de los contratos plurilaterales, hay que ver si el consentimiento del cedido se encuentra en el mismo plano que el del cesionario y cedente, punto en el que la doctrina italiana, sobre todo porque algunos también reducen el consentimiento a requisito de eficacia¹¹⁶, permanece en la dividida. En particular, el valor atribuido al consentimiento del cedido tiene relevancia para saber cuales son los efectos de la cesión entre cedente y cesionario si llegase a faltar el consentimiento del cedido. Los textos que regulan la cesión del contrato, admiten que el consentimiento del cedido no coincida en el tiempo con el del cedente y cesionario. Se regula la eficacia de la cesión a partir de la notificación al cedido, en la cesión consentida con anterioridad o a partir de su aceptación en otro caso.¹¹⁷ Al contrario, en los Derechos en que existe cierta penumbra en la construcción de la cesión de contrato, el hecho de que ésta deba apoyarse de un modo o de otro en la figura de la asunción de deuda u otro dispositivo análogo, conduce a la doctrina a considerar la intervención del cedido como un requisito de eficacia en particular de liberación del cedente.¹¹⁸

¹¹⁶ Dentro de esta línea se encuentran autores como Carresi, Andreoli y Messineo.

¹¹⁷ FERNÁNDEZ LAMA, Cristián. *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁸ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 138 y ss.

En el Derecho alemán y suizo se tiende a ver el contrato como un acto entre tres personas, y en Francia, como en los países en que no se regula la cesión del contrato, se señala la importancia esencial del consentimiento, sin que por ello resulten siempre claras las consecuencias de su falta.¹¹⁹

Por supuesto, el cedido es un centro de interés relevante en la cesión y su importancia se proyecta sobre distintos aspectos de la misma. Es parte en el contrato objeto de la cesión y, en relación a éste, el estatuto del cedido es de inercia. De otro lado, sin ser parte en el negocio de cesión entre cedente y cesionario, su actitud respecto al mismo entraña un aspecto dinámico de su estatuto, muy dependiente de las circunstancias concretas.

En efecto, si una parte en un contrato acuerda con un tercero que éste ocupe la posición que el primero desplegaba en el mismo, está fuera de discusión que serán estos dos las partes del contrato. No obstante, cabe preguntarse si para que exista este negocio es preciso que concurra el cedido a prestar su consentimiento. Si el consentimiento del cedido no es necesario para la formación del pacto de cesión es un tercero respecto del mismo, y la cuestión es entonces saber en qué consiste su intervención en caso de haberla. Sin la intervención del cedido, no va a poder lograrse que el cesionario ocupe la posición del cedente con tanta exactitud para que éste quede liberado del cedido. Pero sin la intervención del cedido, en muchos casos, cedente y cesionario van a poder lograr sin dificultad el propósito económico que les anima a ceder el contrato. Los márgenes en que puede moverse la autonomía Privada de cedente y cesionario en este aspecto vienen marcados por el contrato cedido, que puede contener sus previsiones en materia de cesión.

Del párrafo anterior podemos extraer la primera conclusión: el pacto de cesión es válido entre cedente y cesionario desde que concurren en él los requisitos precisos para ello, entre los que no se cuenta el consentimiento del cedido, este pacto es en principio eficaz entre cedente y cesionario

¹¹⁹ *ibid.* p. 315 y 330.

De este modo, hablaremos de “intervención” o “asentimiento” del cedido en el sentido de asumir la cesión; es decir, tener al cesionario como sucesor del cedente en sus relaciones contractuales del contrato cedido, vaya ello acompañado o no de la liberación del cedente. Por lo tanto, ésta expresión cubre la aceptación de la estipulación hecha a favor del cedido por el cedente y el cesionario o la aceptación de cualquier otro vínculo con el cesionario, por ejemplo en virtud de la delegación.

Cedente y cesionario pueden, por ejemplo, suspender la eficacia del pacto de cesión hasta el momento en que el cedido haya sido notificado de su existencia, o hasta el momento en que el cedido preste su consentimiento al mismo, o hasta el momento en que el cedido, además de prestar su consentimiento a la cesión, libere al cedido. Por consiguiente, las posibilidades de actuación del cedido quedan enmarcadas en primer lugar por el pacto de cesión. Él las aprovechará en un sentido u otro, desde su posición en el contrato cedido.

La intervención del cedido en la cesión puede tener su inicio antes de que esta última se produzca: dado que cedente y cesionario van a tener que estar a la situación del contrato cedido como uno de los datos fundamentales al diseñar el pacto de cesión. Puede suceder que puedan aprovechar una facilidad que les confiera el contrato cedido, o más en general, una manifestación del futuro cedido en relación con la cesión del contrato. En este caso la cesión no parte de la iniciativa de cedente y cedido conjuntamente, o del cedido de forma unilateral, lo que sucede es que cedente y cesionario ven reducida la distancia entre existencia y plena eficacia sustitutoria del pacto de cesión, en el sentido antes visto, en función del contenido de la facilitación, por ejemplo, el cedido ha manifestado su aprobación por adelantado a que la cesión se haga a determinada persona, o reduce el rigor de la condiciones precisas para que se entienda que ha sido notificado de la cesión.

Cabe finalmente que el cedido tenga una participación más activa en la cesión, en cuyo caso hay que admitir como razonable que esta intervención será simultánea a la del cedente y cesionario. No tanto porque coincida en un instante en el tiempo, sino más bien porque la cesión sea el resultado final de unas negociaciones algo más

complejas que vayan de la mano de cierta variación en el contenido del contrato cedido, más allá de las meramente subjetivas.

Por otro lado, el cedido está protegido de la cesión por el contrato cedido. Esta protección se produce bien a través del propio contrato impidiendo o limitando su cesión, o bien al margen de la cesión, a fin de permanecer el cedente vinculado al cedido a pesar de la cesión.

La capacidad: como es sabido, el Derecho exige, para dar relevancia a las declaraciones de voluntad, que éstas sean emitidas por personas capaces. Como la cesión es un contrato, debemos ceñir la capacidad de sus partes a las normas generales del artículo 1445.

Legitimación: por implicar el contrato de cesión un acto de disposición, que excede de la libre administración, es que el cedente debe estar legitimado para disponer de su derecho, o mejor dicho, de su relación contractual, pues en otro caso la cesión sería ineficaz. Como principio podría establecerse que están legitimados para ceder un contrato en primer lugar los propios contratantes originarios; además sus herederos y por último los causahabientes a título particular, como los cesionarios por ejemplo.

Formación del consentimiento: en cuanto a las distintas confluencias de voluntad entre los tres sujetos de nuestro contrato, la que más nos merece nuestra atención es la voluntad del cedido:

1. Formas de exteriorizar el cedido su voluntad: generalmente, el acuerdo de cesión y su contenido se produce a iniciativa de cedente y cesionario, adhiriéndose a ella el cedido, cosa que puede hacerse expresa o tácitamente. En el primer supuesto no hay un problema especial, pudiendo hacerlo según los diversos procedimientos admitidos por la teoría general de los contratos, pero en cuanto al segundo caso, cuando la conducta del cedido puede representar o ser interpretada como un acto que implica la voluntad tácita de consentir la cesión, podemos encontrarnos con dificultades. La conducta del cedido, como manifestación de

voluntad, siquiera lo sea tácitamente, debe reunir como mínimo los requisitos de todo acto negocial, y ésta es toda declaración humana consciente y voluntaria, dirigida a producir efectos jurídicos. De ello se deduce que, cuando falte cualquiera de estas dos notas, no hay voluntad negocial. En efecto, cuando falta el conocimiento se está en los supuestos de ignorancia o de error, lo que anula o vicia el contrato; cuando falta la voluntad negocial, falta también la seriedad del negocio, pues una cosa muy distinta es el simple conocimiento de una situación y otra el consentimiento. Efectivamente, el tener noticia del acuerdo de cesión celebrado por el cedente y cesionario es completamente diverso de la adhesión del cedido a tal acuerdo, con categoría de voluntad contractual, y por tanto, vinculante de su conducta y patrimonio a los efectos del negocio de cesión. Lo primero no es consentimiento contractual, y en consecuencia, no vincula al cedido.

2. Congruencia y concurrencia de las declaraciones de voluntad: las declaraciones de las partes deben ser congruentes para que puedan dar origen al consentimiento contractual; la congruencia no es otra cosa que la acomodación de las pretensiones económico-jurídicas de cada uno de los contratantes: pretensiones que se satisfacen recíprocamente. Esta concurrencia de voluntades congruentes se produce en un momento determinado, en que el cesionario pasa a ser parte del contrato cedido. Para esto no tiene importancia el orden cronológico en que estas voluntades se manifiesten, sólo interesa que la intención de cada una de las partes conste de un modo cierto e indudable. Basado en esta libertad y según el momento en que las mismas se exterioricen, se distinguen dos formas de constitución del consentimiento contractual, atendiendo al criterio de la simultaneidad o no en la prestación de las declaraciones de voluntad por las partes: en el primer caso se habla de formación instantánea, y en el segundo, de formación progresiva del consentimiento.

A) Formación simultánea: en ella las tres partes –al mismo tiempo- celebran el contrato emitiendo sus declaraciones de voluntad en un solo acto colectivo: el instante del acuerdo tripartito determina el momento de la perfección del contrato, que hará eficaz la cesión para las tres partes.

B) Formación progresiva. Sucesiva y preventiva del consentimiento: Tiene lugar cuando entre las declaraciones de voluntad de las partes media un intervalo de tiempo. Si bien la iniciativa puede partir de cualquiera de los contratantes, lo normal es que cesionario y cedente, puestos previamente de acuerdo, se dirijan al cedido para que otorgue su conformidad, o que el cedido, ya desde el momento de constitución de la relación contractual básica, otorgue su conformidad; con ello se distinguen dos posibilidades:

- a) Cedente y cesionario, puestos de acuerdo, se dirigen al cedido para que preste su consentimiento a las estipulaciones por ellos establecidas (consentimiento sucesivo), éste, normalmente, acepta; pero puede perfectamente insinuar modificaciones de las cláusulas que aquéllos hayan estipulado. Es decir, tiene no solamente libertad de contratar, sino además libertad de conclusión y configuración, esto es, tomar parte activa en la formulación del contenido de las estipulaciones. Esta es la forma que normalmente se utiliza en casi todas las cesiones: si el cedido presta su consentimiento en forma tácita y posterior a lo pactado previamente por el cedente y cesionario.

- b) Una segunda forma es aquella en que el cedido presta su consentimiento previamente al acuerdo cedente-cesionario. Aplicaciones concretas de la misma son la circulación de los contratos documentados a la orden o al portador. Con relación al endoso de estos contratos se ha planteado el problema de si realmente sería una cesión de contratos, ya que en la cesión el cesionario es una persona perfectamente conocida por el cedido, en cambio en el endoso, no puede serlo. Claramente puede llegarse a esta situación, pero es un riesgo querido voluntariamente por el cedido, en cuanto él consintió en documentar el contrato a la orden; además, los contratos que adoptan la forma “a la orden” o “al portador”, y tienen la especial posibilidad ejecutiva propia sobre el objeto de la prestación, que suele estar en poder del acreedor.

CAPÍTULO IV

EFFECTOS DE LA CESIÓN DE CONTRATO

Siendo la cesión de contratos un contrato, contiene una relación contractual que vincula a los contratantes, y esta relación contractual tiene un contenido obligacional que será objeto de estudio en el presente capítulo.

Se llaman efectos del contrato las relaciones que se determinan entre las partes por el hecho de que el contrato quede concluido, y además sea ejecutado.

La eficacia de la cesión de contratos viene determinada por el conjunto de consecuencias jurídicas que la perfección de la misma produce y se concreta en la relación contractual nacida del negocio de cesión, cuyo contenido se integra de una serie de derechos y obligaciones, siendo titulares de los mismos las partes que causan la cesión. Este complejo de derechos y obligaciones constituye a la vez el contenido jurídico de la cesión de contratos.

Ahora bien, la conclusión del contrato puede ser perfecta o adolecer de algún vicio que alcance a cualquiera de sus elementos esenciales, originando la validez o nulidad del mismo. La eficacia, en uno y otro caso, es distinta, por lo que conviene estudiarlos separadamente.

A. Efectos de la cesión de contratos perfecta.

Suponiendo que la cesión de contratos en su formación fue perfecta nuestro contrato rinde una eficacia normal, produciendo sus consecuencias jurídicas propias derivadas de la finalidad asignada a éste por la voluntad de las partes, el uso y la ley.

Pero nuestro contrato es un medio técnico para conseguir un fin: se trata de un mecanismo jurídico encaminado a modificar relaciones jurídicas. Esto lo hace mediante el procedimiento de crear obligaciones. Ahora bien, esto ocasiona que se distingan dos

momentos en la eficacia de todo contrato: uno es el de la constitución de tales obligaciones; y otro, el de cumplimiento de dichas obligaciones. El movimiento de uno a otro momento se realiza debido a la fuerza impulsiva del acuerdo de voluntades, concretada en el sinalagma genético; lo que nos lleva a ver esta relación contractual como un proceso; como una actividad ordenada a un fin: una conducta del obligado, con la mutación jurídica, el cambio de titularidad deseado por las partes. Por tanto, para el estudio del punto que ahora nos interesa, podemos distinguir en la eficacia de la cesión de contratos un efecto inmediato, cual es la creación de la relación contractual, y otro más o menos diferido, a saber, la extinción de la misma por el cumplimiento de su contenido o ejecución de las obligaciones del contrato de cesión.¹²⁰ La distinción de ambos momentos en la eficacia del contrato, ya está admitida por la doctrina en general.

1) Efectos de la perfección del contrato de cesión.

La perfección del contrato produce, de un lado, el carácter de ley de la voluntad negocial para las partes contratantes y sus herederos, artículo 1545 y 1097. De esto deriva el principio *pacta sunt servanda*, por cuanto el contrato, es decir, la voluntad contractual, tiene fuerza de ley para las partes contratantes, complementado por las disposiciones legales imperativas y por las disposiciones de la naturaleza de cada contrato no derogadas expresamente por las partes, tales como, la disolución del contrato por mutuo disenso o la condición resolutoria tácita. De otro lado, se crea la relación contractual: vínculo que liga a las partes contratantes y sus causahabientes, en orden al cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato para cada una de ellas. Pues bien, esta relación contractual tiene un contenido que viene determinado según la ley negocial y la del legislador, normas ambas que se integran para constituir la ley del contrato. Y esta ley de la obligación impone una serie de deberes, otorgando los correspondientes derechos a exigir su cumplimiento, los cuales constituyen el contenido de la cesión de contratos. Y estos derechos y deberes subjetivados con referencia a cada una de las partes contratantes, forman una posición o “*status*

¹²⁰ MESSINEO, Francesco. *op. cit.* p. 241.

contractual”, constituido por un complejo de derechos y obligaciones de único o doble signo, según que la cesión fuere onerosa o gratuita, y de “doble cara”, ya que cada parte queda vinculada a las otras dos.

Posición del cedente. La finalidad propia de la cesión es la transferencia de la titularidad contractual del cedente al cesionario. De esta finalidad se deduce que la cesión origina para el cedente el efecto liberatorio frente al cedido, y de éste frente a aquél, siempre que aceptemos la liberación como un efecto de la naturaleza de la cesión de contrato. Asimismo, frente al cesionario se establece una relación que puede ser unilateral o sinalagmática, según que la cesión sea gratuita u onerosa.

De estos principios generales se derivan derechos concretos para el cedente, que en su conjunto, constituyen su posición contractual. Y cada uno de estos derechos y obligaciones pueden ser frente al cesionario y frente al cedido.

a) Obligaciones del cedente frente al cesionario:

- Esencialmente, la cesión produce para el cedente la obligación de situar al cesionario en su misma posición contractual. Es la obligación fundamental, en torno a cuyo cumplimiento gira toda la institución, constituyendo su razón de ser. El hecho de perfeccionarse la cesión no implica ya necesariamente y por sí sólo la transmisión de la relación contractual y su contenido. Se requiere además la “*traditio*” o tradición, de acuerdo con el principio título-modo, que para las adquisiciones derivativas acepta nuestro código. La tradición se puede simplificar enormemente en la cesión, dada la especial naturaleza del objeto transmitido, y de las disposiciones del Código Civil que le sean aplicables a la tradición. Diferente es la situación en el Derecho francés e italiano donde la generalidad de la doctrina establece que desde el momento en que el contrato de cesión se perfecciona el cesionario entra en los derechos y obligaciones del cedente; pero este efecto se produce en estas legislaciones, ya que la transmisión puede verificarse por el simple consentimiento, pero es insostenible en nuestro Derecho, donde cada parte, por efecto de la conclusión del contrato, no transfiere directamente, sino que se obliga a transferir; obligación ésta que, junto a la

tradición, la cual precisamente extingue la obligación, completa la cesión de contrato. Para sostener esto, nos basamos en la analogía existente dentro de nuestro Derecho entre la cesión de créditos y la de contratos, y ambas con la compraventa: así el artículo 1907 establece: “quien cede (*cedente*) un crédito (*contrato base*) a título oneroso (*compraventa*), se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión (*analogía clara con el saneamiento de la evicción en la compraventa*), esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo, pero no se hace responsable de la solvencia del deudor...”. Esto nos lleva a sostener que existe una asimilación del contrato de cesión de derechos con el de de compraventa. Pero además de todos los argumentos expuestos es necesario tener en cuenta que existen supuestos concretos en nuestro Derecho Privado Patrimonial que requieren para su consumación la entrega de la posesión material de la cosa a que los mismos se refieren y, que por tanto, para que quede transmitida totalmente la posición en tal contrato, se requiere la entrega de tal cosa por el cedente al cesionario. Ahora bien, esta obligación de entregar o transmitir la posición contractual puede tener una vida más o menos larga, según el tenor de las estipulaciones pactadas en el contrato de cesión y la forma en que se realice ésta. Pero pueden fijarse, conceptual y cronológicamente, con toda precisión, los momentos de su nacimiento: con la perfección del contrato, y el de su muerte o extinción, por la ejecución o su incumplimiento; aunque a veces, como cuando la cesión se realiza mediante escritura pública, pueden coincidir el momento de creación de la obligación con la transmisión de la misma. De esta obligación principal derivan para el cedente otros deberes accesorios, entre los que se mencionan:

- La entrega de cuantos documentos acrediten la existencia del contrato cedido¹²¹, cuya posesión por el cesionario sea necesaria o conveniente para ejercitar los derechos en los mismos contenidos, ya sea el documento principal en que se exteriorice el contrato, ya sean otros cualesquiera.

¹²¹ ANDREOLI, Marcelo. op cit., p. 60.

- También queda sujeto el cedente para con el cesionario por la obligación de garantizar la existencia y validez del contrato cedido. Deber éste que se sustancia en la indemnización de daños y perjuicios para cuando el cedido, en uso de sus facultades, se oponga a la existencia y validez del contrato base. Esta obligación nace de la cesión, y por tanto, al perfeccionarse ésta, pero lógicamente sólo es exigible una vez que se haya realizado la tradición o cumplimiento de la obligación de entregar: concretamente, desde el momento en que ésta sea oponible como excepción por el cedido. La existencia de este deber es reconocido por la generalidad de la doctrina, la que asimismo está de acuerdo en cuanto a la posibilidad de exoneración de la misma por parte del cedente; pero hay un punto que se discute: es el número y naturaleza de los vicios que dan origen a esta responsabilidad por parte del cedente. En general, se dice que cualquier vicio que afecte a la validez o existencia del contrato base ocasiona el nacimiento de responsabilidad del cedente, por ésta postura se encuentra el autor italiano Andreoli, el cual comprende en esta materia todos y cada uno de los motivos de invalidez¹²². Carresi¹²³ en cambio, al interpretar el Codice Civile, artículo 1410 que establece: "...el cedente está obligado a garantizar la validez del contrato...", entiende que ésta garantía se limita a los casos de invalidez por dolo, fuerza y error, y quizá de licitud de objeto; la razón en que se fundamenta es que el consentimiento del cedido, prestado para la cesión, es, a la vez, suficiente para sanear cualquier defecto del contrato base, incluso el de inexistencia, siempre que estos vicios fueren desconocidos por el cedente y si fueran conocidos por éste deberá responder por mala fe. La opinión de Carresi es inadmisibles en nuestro Derecho. En primer lugar, no cabe deducir que el consentimiento del cedido a la cesión confirme el contrato base. En efecto, los artículos 1693 y siguientes que regulan la confirmación de la nulidad relativa, no permiten esta situación de la forma en que lo establece el autor italiano, porque en nuestro código, la nulidad del contrato base –siempre que se trate de nulidad relativa- puede sanearse perfectamente si en la cesión se hace declaración

¹²² *ibid.* p. 54.

¹²³ CARRESI. "La Cessione del Contratto", Milano, 1962, *apud.*, GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 373.

expresa de la misma; pero si en la cesión nada se dice, la simple manifestación de voluntad declarando que se cede no implica la renuncia del cesionario de la acción que le compete para anular el contrato base, ya que en principio, el contrato se cede tal como está en el cedente y en el cedente está viciado. De otra parte, los casos de nulidad absoluta del contrato base no pueden de ninguna forma sanearse por confirmación; además, la nulidad del contrato base lleva consigo la “inexistencia” del negocio de cesión, ya que carecería de objeto. Por todo ello estimamos debe mantenerse la responsabilidad del cedente en todo caso para asegurar el patrimonio del cesionario, ya que éste nada tuvo que ver con las imperfecciones del contrato base. Claro es que las partes pueden perfectamente pactar que el cesionario exima de esta responsabilidad al cedente, artículo 1547. Así, resumiendo esta tan importante obligación del cedente, podemos decir: 1) Que si bien ésta obligación nace en el momento de perfeccionarse la cesión, como efecto natural -que puede ser excluído mediante pacto-, no es exigible mientras el cedido no oponga la excepción de nulidad. Ello se explica porque la actitud de incumplimiento por el cedido es la condición previa y necesaria para que el cesionario pueda accionar contra el cedente; y 2) Esta actitud por parte del cedido, provocando la declaración judicial de inexistencia o nulidad del contrato de cesión, origina dos efectos: a) Produce la ineficacia de la cesión de contrato, retrotrayendo las cosas a su estado primitivo, es decir, dejando el contrato base entre las antiguas partes como antes de la cesión; y b) De otro lado, origina responsabilidad para el causante de la nulidad por los daños y perjuicios causados por la cesión ineficaz y estos consistirán en el pago de todos los gastos ocasionados a raíz del contrato de cesión además de los daños y perjuicios ocasionados al cesionario.

- Por último, suelen citar los autores en la posición del cedente la obligación de garantía por el incumplimiento del contrato base, por insolvencia del cedido. En este caso se originaría una relación secundaria de fianza entre cedente y cedido. Análogamente encontramos este pacto en el artículo 1907 del Código Civil referente a la cesión de créditos, pero debemos aclarar que esta obligación nace de un pacto accidental, cuya ausencia no afecta para nada la existencia del

contrato de cesión. Es frecuente el uso de esta cláusula de garantía, porque otorga una mayor seguridad al cesionario. Pero no debemos confundir este pacto, con otro que acuerden cedente y cedido, y que se traduce en el deber que tiene el cedente de pagar al cedido cuando el cesionario no cumpla su obligación.

- Ahora bien, adentrémonos en la hipótesis de que cesionario y cedente celebran un pacto de cesión, en la forma antes estudiada, como una cesión de crédito y una estipulación a favor de otro para la deuda, en que el cedido no ha liberado aún al cedente. El cesionario que cumple la obligación que el cedente tenía ante el cedido, cumple con su obligación propia frente al cedente, y desde el punto de vista del cedido es un pago hecho por un tercero. Pero al mismo tiempo, es una de las formas en que el cesionario puede cumplir con el cedente. En efecto, el cesionario se comprometió ante aquél a relevarle de las cargas que le suponía el contrato cedido mientras no quede liberado por el cedido, pues a partir de ese momento esta obligación del cesionario para con el cedente ya no tiene sentido. En relación a esta obligación, el cedente queda satisfecho cuando el cedido ya no puede dirigirse en contra él. Si el cesionario incumple la obligación de evitar que el cedido se dirija contra el cedente, éste puede instar a la resolución de la cesión y recuperar así su crédito contra el cedido si está a tiempo de hacerlo, en otro caso tiene una acción de responsabilidad para resarcirse de los daños. Por último, la obligación del cesionario impone que reintegre adecuadamente al cedente, que no habiendo sido liberado por el cedido, haya tenido que satisfacer la deuda antes de que pudiera intervenir el cesionario pagando.

b) Obligaciones del cedente para el cedido:

- La posición deudora del cedente frente al cedido permanece inmutada por la perfección del contrato de cesión. Mientras no se ejecute la obligación nacida de este contrato, es decir, la tradición de su posición contractual, el cedente estará ligado con el cedido por todas las obligaciones derivadas del contrato base aún no cumplidas.
- Suele suceder que el cedente quede obligado junto con el cesionario al cumplimiento del contrato base, obligación que nace de un pacto accidental o en

el caso que el cedido no libere al cedente. Es frecuente el uso de esta cláusula de garantía, porque otorga una mayor seguridad al cedido, ya que son dos las personas y patrimonios obligados al cumplimiento del contrato base, y al mismo tiempo hace mas amplia la aplicación de nuestra institución, ya que habiendo más garantías al cumplimiento, el cedido prestará su consentimiento para el contrato de cesión con mayor facilidad.

- Si no se liberó al cedente, producido el incumplimiento por parte del cesionario, el cedido puede dirigirse contra el cedente. Dado que estamos en la hipótesis que el cedido aprobó la cesión, es conveniente considerar que el cedido debe notificar el incumplimiento al cedente para que éste pueda cumplir la obligación de la que no se ha liberado. Esta es la solución establecida en el artículo 1408 del Codice Civile, que como se vio, establece la liberación del cedente como efecto natural de la cesión, al partir de la base que el cedido ha de prestar su consentimiento en el negocio de cesión, de modo que la no liberación sólo puede derivar de una declaración en tal sentido. El cedido no es parte del negocio de cesión y ésta es una razón suficiente para que no pueda resolverlo: ante el incumplimiento del cesionario no puede hacer que el cedente vuelva a ocupar su lugar original en el contrato. Sin embargo el cedido no sólo puede dirigirse en contra el cedente, sino que el carácter sinalagmático de las obligaciones en las que ocupa la posición deudora y acreedora, respectivamente, le permiten oponer al cesionario la excepción de incumplimiento y llegar a resolver el contrato base.

c) Derechos del cedente frente al cesionario:

- Son distintos según la cesión fuese onerosa o gratuita. En el primer caso, el cedente será acreedor por el precio acordado en el convenio de cesión, crédito que tiene el carácter de sinalagmático, con su obligación de transferir la posición contractual que se cede y asistiéndole los derechos potestativos, recíprocos o no, según su naturaleza inherentes a toda relación contractual. En cambio, si la cesión fuese gratuita tendrá el cedente todas las características que para el donante derivan del contrato de donación.

- Un segundo derecho que asiste al cedente, correspondiente con su deber de entregar el contrato, es que el cesionario acepte esta entrega.

d) Derechos del cedente frente al cedido:

- Hasta el momento en que no se perfeccione el contrato de cesión mediante la entrega, el cedente conserva todos y cada uno de sus derechos que a su favor nacieron del contrato base y que no estén cumplidos y en el tiempo que media entre la perfección del contrato y su consumación, el cedente queda aún obligado personalmente con el cedido, aplicándose las reglas del derecho de prenda general.

Posición del cesionario. Desde el momento de perfección hasta la consumación de la cesión, el cesionario es todavía un extraño a la relación contractual derivada del contrato base. En cambio es parte en la nacida del contrato de cesión. Como consecuencia de esto el cesionario no tiene hacia el cedido más obligación que la de aceptar la tradición de la calidad de parte que en su momento deba ofrecerle el cedente y además la de exigirle la entrega de los documentos necesarios y frente a éste está ligado por las obligaciones derivadas de la cesión especialmente el pago del precio ya señalado. Por otro lado, frente al cedido el cesionario sólo tiene la mera expectativa de ser parte del contrato cedido y que éste será el otro sujeto contractual al cual podrá exigir éstas legítimas expectativas derivadas del contrato de cesión.

Posición del cedido. Por la perfección de la cesión, no se altera en absoluto la posición del cedido, sólo que la titularidad del otro polo de la relación contractual está “pendiente la obligación” de ser transferida. Deriva de esto para él un derecho a pedir la efectiva tradición y una obligación de tolerarla; asimismo, tendrá las expectativas propias del derecho de crédito frente a cualquiera de los obligados.

2) Extinción de la relación contractual.

Cumplimiento. Un segundo momento de eficacia del contrato es el del cumplimiento de las obligaciones nacidas de él o su extinción por cualquiera de los medios previstos en el Código Civil. En efecto, toda obligación nace para ser cumplida: su razón de ser es su extinción por cumplimiento.

En el contrato de cesión, la extinción de las obligaciones principales, esto es, entrega de la posición contractual y pago del precio, queda sometida a la disciplina general que al efecto prescribe nuestro Código Civil en sus artículos 1545 y siguientes, y a la especial que para los distintos modos de extinguir encontramos el artículo 1567 y siguientes.

Por lo que respecta al pago del precio, debemos ceñirnos a las normas del pago efectivo en general, establecidas en el título XIV del libro IV del CC. Ahora bien, el cumplimiento por el cesionario de ésta obligación le faculta para ejercitar los derechos derivados de los artículos que regulan el efecto de las obligaciones en los contratos bilaterales, especialmente el artículo 1489.

Pero mucho más importante es el cumplimiento de las obligaciones del cedente, que se concretan en la tradición de los derechos y obligaciones objeto del contrato de cesión, ya sea forzosa o en forma voluntaria, o el incumplimiento de la misma que da lugar a la ejecución forzada en naturaleza o en equivalente, y si esto no es posible, a una indemnización de perjuicios.

Cada uno de estos modos de extinguir la obligación del cedente es distinto de los otros. En efecto, los dos primeros, la realización de la tradición y la ejecución forzada en naturaleza o en equivalente, son distintos del tercero (indemnización), ya que los primeros consiguen efectivamente realizar la cesión, y el último, en cambio, sólo procura una compensación de ese interés. Por esto vamos a separarlos en su estudio.

Tanto la ejecución voluntaria como la forzosa en forma específica (decretada por el juez), pueden adoptar cualquiera de las formas concretas previstas en el artículo 1567, y en ambos casos, además, hay que tener en cuenta los artículos 1548, 1549, 1550, 1553, 1555 y 1557 de nuestro Código Civil.

Por otra parte, en cuanto a la tradición o entrega efectiva de la posición de parte contractual, entendemos que puede realizarse por cualquiera de las formas previstas en el artículo 684 y en los relativos a la cesión de créditos, como es, mediante la entrega del título, y ésta generalmente se realiza al momento de otorgar la escritura pública del contrato de cesión de contrato, donde la tradición se efectúa en ese mismo acto.

Realizada la tradición por cualquiera de estas formas, la cesión de contrato queda consumada por parte del cedente, produciendo a su vez una serie de efectos: 1) Da derecho al cedente, si la cesión fuere onerosa, para reclamar del cesionario la entrega del precio; 2) Libera al cedente de la relación contractual básica-siempre pensando que existió intervención del cedido y se produjo el efecto de la naturaleza, es decir, la liberación de cedente-, ocupando su posición el cesionario, de aquí se deduce que no tendrá ninguna relación más con el cedido, a no ser que se haya pactado la fianza por solvencia del cesionario; y 3) Hace exigible desde este momento la obligación de garantía por existencia y validez del contrato base, nacida del contrato de cesión facultad que le corresponde al cesionario, siempre claro que, ésta no se haya excluido expresamente.

Así consumado el contrato de cesión de contrato, encontramos que las partes poseen las siguientes obligaciones y derechos:

- El cedente tiene hacia el cedido solamente una obligación de fianza secundaria, en el caso de que expresamente se haya pactado, en otro caso se libera totalmente. Hacia el cesionario le asiste el derecho a reembolso del cumplimiento que realizara por virtud de haberse hecho efectiva la relación de fianza antes

mencionada. Por otra parte, hacia el cesionario tiene la obligación de responsabilidad por la existencia y validez del contrato base.

- La posición del cedido viene determinada en función de la salida del cedente de la relación contractual básica y el ingreso en la misma del cesionario. Ello implica que los derechos y obligaciones del cedido son los mismos antes como después de la transmisión, con la única diferencia que ha cambiado el titular de la contraprestación. El cedido tiene los mismos derechos y obligaciones que tenía ante al cedente al momento de la cesión.
- En cambio la posición que nace para el cesionario viene determinada por el hecho de quedar convertido en parte del contrato que se cede, y por lo mismo, en titular de los créditos y deudas, que nacidos de aquel, existen todavía. Como el cesionario sucede al cedente desde el momento de perfección de la cesión, sus derechos y obligaciones son los mismos que el cedente tenía al momento de la cesión, que pueden no ser todas las que nacieron del contrato base, por haberse ya cumplido algunas de las prestaciones originales, y este cumplimiento parcial no afecta la sinalagmaticidad por el resto de las prestaciones debidas.

Frente a estas obligaciones y derechos principales, pueden también surgir del contrato base obligaciones y derechos accesorios o secundarios, como son las hipotecas, fianzas, etc. Para la transmisión de estas obligaciones hay que tener en cuenta la voluntad de quien las prestó; es el principio fundamental en este punto en lo que o a obligaciones se refiere, ya que en cuanto a los derechos estos se pueden transmitir libremente con su crédito principal, por tanto la persistencia de ellas – obligaciones secundarias que aseguran la principal en el cesionario-, debe ser causada por el consentimiento de los terceros interesados, incluso la del cedente, si fuera el obligado secundario, porque estas obligaciones accesorias del cedente y de terceros no se transmiten.

Por último, el cesionario está obligado para con el cedido a soportar el ejercicio por éste de los derechos potestativos derivados del contrato base, y entre los cuales se encuentra los artículos 1552, 1489, 1681 y 2492 del Código Civil.

Con relación al cedente, si el cesionario no ha pagado previamente el precio de la cesión, queda éste en situación de mora por su obligación, pudiendo el cedente exigir el pago del mismo o resolver la cesión, ambos con indemnización de perjuicios según el artículo 1489 de nuestro Código Civil. Una vez pagado el precio y realizada la tradición de la posición de parte contractual, el cesionario tiene derecho a que se le haga efectivo su derecho por la existencia y validez del contrato, si fuere procedente.

Por otra parte, si existe un pacto de fianza del cedente hacia el cedido en caso de incumplimiento del cesionario, y este se concreta, el cesionario deberá rembolsar al cedente de los gastos realizados.

Incumplimiento responsable. En caso que el cedente no realice la tradición, que es su obligación frente al cesionario, ni se extinga tal obligación por otro cualquiera de los medios previstos al efecto por el Código Civil y ni siquiera que se cumpla en forma coactiva, en estos casos, esta obligación se traduce en la de indemnizar los daños y perjuicios causados al cesionario en razón del incumplimiento, a no ser que este incumplimiento proviniese de una causa no imputable al cedente, como sucedería en los casos de caso fortuito, fuerza mayor y en todos los casos de imposibilidad de la prestación donde el deudor no deberá responder. El pago de la cantidad en que se sustancia la obligación del "*id quod interest*" tiene la virtualidad de extinguir la obligación del cedente. Pero los efectos con relación a la transferencia del contrato base, que era la finalidad que se pretendía, son completamente distintos. En ese orden de cosas encontramos que la indemnización de daños y perjuicios produce el efecto de desligar a las partes de la relación contractual, originada por la cesión, retornando las cosas a su antiguo estado, es decir, quedando como partes del contrato cedido, el cedente y el cedido. Y esta indemnización no sólo deberá darse al cesionario, sino que también al cedido, ya que él indudablemente también fue perjudicado en sus expectativas de cumplimiento del contrato cedido con la nueva parte, y además, no

debemos olvidar que el cedido también fue parte del contrato de cesión, por haber dejado establecido que éste podría catalogarse como un contrato trilateral; por lo que, en definitiva, también deberá ser indemnizado de los perjuicios sufridos. Resumiendo: podemos decir que la eficacia de esta forma de extinguir –incumplimiento- la cesión de contratos se concreta, en primer término, en la extinción de la cesión por incumplimiento de la obligación de transferir la posición de parte contratante, pero dando un derecho de compensación “*id quod interest*”; y en segundo término, queda intacta la relación contractual básica cedida entre sus originales titulares: cedente y cedido, tal como estaba antes de perfeccionarse la cesión.

Incumplimiento irresponsable. Ahora bien, el incumplimiento puede originarse por una causa no imputable, esto es, cuando por un caso de fuerza mayor o caso fortuito, imposibilidad jurídica o incluso mala fe del cesionario o cedido, el cedente no pueda transferir la posición de parte al cesionario. En tales supuestos el deudor cedente no debe responder, quedando totalmente liberado de su obligación, incluso sin necesidad de indemnizar. Aquí tiene aplicación toda la teoría de la imposibilidad en el cumplimiento: fuerza mayor o caso fortuito, pérdida de la cosa que se debe, teoría de la imprevisión, etc.

B. Efectos de la cesión de contratos nula.

Puede suceder que en algunos supuestos la eficacia del contrato de cesión no sea la normal, ya porque existan defectos o vicios en su constitución, porque falte un elemento esencial, o porque se haya pactado en contra de una prohibición legal.

En todos estos casos no se puede decir que la cesión de contratos no produzca efectos: realmente los tiene, puesto que provoca ciertas mutaciones jurídicas. Lo que ocurre es que son completamente distintos de los anteriormente estudiados o, cuando menos, difieren de ellos. Aquella eficacia antes examinada la hemos denominado eficacia normal de la cesión de contrato; cuando por cualquier causa ésta fuere nula, su eficacia se aparta de aquélla, y la denominamos anormal o extraordinaria.

En general se presume que todo contrato es perfecto, y por consiguiente, tiene una eficacia normal, mientras no se declare lo contrario, de este modo el que pretenda restarle eficacia al contrato de cesión deberá probarlo según la regla general del artículo 1698 del Código Civil.

Dentro de la eficacia anormal de la cesión de contratos podemos distinguir una serie de grados, que se diferencian por la mayor o menor intensidad de efectos producidos, por la mayor o menor posibilidad de privar al contrato de cesión de contrato de sus efectos normales porque esta eficacia extraordinaria se sustancia normalmente en la impugnación de la validez normal, privando al contrato de sus efectos propios. Pues bien, teniendo en cuenta esta posibilidad de impugnación, nacida de las imperfecciones en la constitución de la cesión de contratos, se pueden distinguir los siguientes distintos tipos de invalidez, separando las causas contemporáneas a la fecha de celebración del contrato de cesión y las causas posteriores a ésta:

- Se dice que un contrato es inexistente, cuando en su constitución no concurre uno de los elementos de su esencia. Doctrinariamente en nuestro país la sanción sería la inexistencia, pero según nuestro Código Civil, la sanción a la falta de alguno de los elementos de existencia del contrato es la nulidad absoluta. Las causas que pueden provocar la inexistencia del contrato de cesión son la falta de consentimiento, objeto, causa y solemnidad cuando el contrato base la haya requerido. La eficacia anormal o extraordinaria en este caso consiste en producir una apariencia de eficacia normal, mientras ésta no se destruya mediante el ejercicio de la acción de nulidad absoluta. En caso que se ejerza la acción y exista una resolución judicial que la declare, ésta actúa retroactivamente y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de celebrar el contrato de cesión de contrato, sin perjuicio de que pueda nacer de la cesión nula la obligación la indemnizar daños y perjuicios para el culpable de los daños si los hubiera. Según nuestra legislación esta posibilidad de accionar para la declaración de nulidad absoluta se sana por el transcurso de 10 años.

- Puede ocurrir que a la cesión de contratos concurren todos y cada uno de los elementos esenciales de éste, pero que los requisitos de validez no se ajusten a lo ordenado por el Código Civil, tales como vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo), capacidad según el artículo 1445 o en este caso legitimación para realizar la cesión de contrato –lo que nuestro Código llama incapacidades especiales-, objeto o causa ilícita, o falta de formalidades habilitantes; en tales casos estaríamos frente a una nulidad absoluta o relativa, dependiendo de la causal de nulidad, pero los efectos de su declaración son los mismos estudiados para el caso de inexistencia; y en el caso de nulidad relativa el plazo de prescripción de la acción para pedir su declaración es de 4 años, y además puede ser ratificada según los artículos 1693 y siguientes.
- Además, la cesión de contratos puede ser dejada sin efecto por mutuo consentimiento de las partes, según lo establece la primera parte del artículo 1567.
- Otra causal de término de este contrato de cesión es la existencia de una condición resolutoria expresada en el mismo, en este caso debemos seguir las reglas dictadas por el Código en el caso de cumplimiento de la condición resolutoria.
- En el caso de que la cesión de contrato sea gratuita, quedará sujeta a las normas de la donación del Código Civil, pudiendo ser revocada por el cedente en los casos establecidos en la ley.
- Finalmente, otra causa de privación de eficacia normal de la cesión de contratos es la prescripción de las acciones que protegen los derechos nacidos de la cesión según los artículos 2514 y siguientes del Código Civil.

PARTE V

CONCLUSIÓN

El primitivo carácter subjetivo que tuvo en Roma el concepto de “obligación”, entendida como una atadura entre el acreedor y deudor, ambos perfectamente determinados, hacía inconcebible la posibilidad de que las obligaciones pudieran ser cedidas: ni el acreedor su crédito, ni el deudor mucho menos su deuda. La única transmisión que aceptó el Derecho Romano antiguo fue la sucesión a título universal por causa de muerte, aunque también se aceptaron algunas formas de Esta sucesión entre vivos como la “*conventio cum manu*” y la “*adrogatio*”. El desarrollo del Derecho romano en esta materia llegó sólo hasta la aceptación indirecta de la cesión de créditos, esto es, de la parte activa de la obligación en la época del procedimiento formulario por la vía de la “*procuratio in rem suam*”. No sucedió lo mismo en la cesión de deudas, aunque algunos sostienen que ésta misma institución se utilizó también para la asunción de las deudas.

Los códigos del siglo XIX, producto de una paulatina objetivización del concepto de obligación, aceptaron expresamente la cesión de los créditos, más no tratan en forma orgánica la cesión de las deudas. Fue la doctrina alemana la que inició el siglo XIX el desarrollo de la teoría de la cesión, asunción o transmisión de deudas, figura que expresamente contemplada el Código Civil alemán de 1900, el Código Civil suizo y el mejicano. Hoy en día son muchos los códigos que consagran esta institución, e incluso códigos como el italiano, el portugués, el holandés, el senegalés y la Compilación de Navarra, consagran la figura más avanzada de la *cesión de contrato*.

Denomina la doctrina “cesión de contrato” a la figura por la cual uno de los contratantes conviene en que un tercero ocupe su posición jurídica en el contrato. Son el conjunto de derechos, obligaciones, potestades y expectativas las que van involucradas en la cesión de contrato, todas las que se transfieren al “cesionario” que se subroga en el contrato del cedente.

La cesión de contrato es el paso siguiente necesario después de la aceptación de la asunción de deudas, y mira como ésta a la fluidez y circulación de las relaciones contractuales.

Como dice García-Amigo “la cesión de contratos es un negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva”.¹²⁴

La cesión de contrato es un contrato en sí mismo, cuyo objeto es la transferencia de la posición jurídica del contratante cedente, que deberá, para su plena eficacia, contar siempre con la voluntad del contratante que permanece en el contrato, a menos que la ley imponga la cesión.

La cesión de contrato presupone un lapso temporal entre el momento de la perfección del contrato original y el de su consumación: lapso durante el cual una de las partes del contrato puede convenir con un tercero que pase a ser éste el titular de los créditos y de las deudas que configuran la relación contractual previamente establecida.

Siendo la cesión de contrato un contrato entre cedente y cesionario, rigen para él los mismos los principios y reglas propias que para los contratos y en especial, lo relativo a la autonomía privada. Dentro de los límites que sean de aplicación, y hasta el máximo de eficacia que puede producir el contrato entre cedente y cesionario, estos pueden regular ésta según sus intereses y según la naturaleza y las circunstancias del negocio cedido. El papel de la autonomía privada, aplicada al contrato de cesión de contrato, explica y obliga a admitir la variedad de manifestaciones del fenómeno, tanto en relación al propio mecanismo de la cesión como acto y efecto, como en relación al resultado más o menos perfecto de modificación subjetiva del contrato cedido que puede desencadenar el negocio de cesión.

¹²⁴ GARCÍA-AMIGO, Manuel. *op. cit.*, p. 80.

Según lo explicado, un sector de la doctrina ha sostenido equivocadamente a nuestro juicio que la naturaleza jurídica de la cesión de contrato es la conjunción de una cesión de derechos más una cesión de deuda. Por nuestra parte, adherimos a la doctrina unitaria, y nos parece indudable que la cesión de contratos es un caso de subrogación convencional, en virtud de la cual un nuevo contratante pasa a ocupar el lugar del contratante subrogado, de forma única, en donde este tercero se hace titular de la relación contractual cedida en forma completa.

En relación al contrato cedido, la cesión del contrato existe en función de su cedibilidad. Este aspecto es variable en función, a su vez, del tipo de contrato y de cada contrato en particular. Pero la susceptibilidad de cesión del contrato, como parámetro general en el Derecho de Obligaciones, es un dato sujeto a una evolución parcialmente extrajurídica, como lo pudo ser en su momento la cesión del crédito. A menos que se quiera incidir conscientemente sobre este dato que depende del tráfico, una referencia legal a la cesión de contrato habría de limitarse a la cesión como resultado, recordando que el negocio de cesión en el que no ha intervenido el cedido no le es oponible que éste: la intervención que sea precisa variará en intensidad en dependencia del efecto pretendido y de los dispositivos elegidos para ello.

Eventualmente, para ciertas relaciones contractuales de larga duración, la cesión de contrato como negocio podría ser contemplada y fiscalizada por la ley a efectos de decidir si la cesión permite la liberación de responsabilidad del deudor o la modificación de la obligación ante la presencia de determinadas circunstancias sobrevenidas que imposibilitarán o dificultarán de modo cualificado el cumplimiento de dicho deudor/cedente. Pero este tema corresponde a la línea de la teoría de la imprevisión, ajena a nuestro estudio, pero que sin embargo, admitiendo una cesión previa, sería de gran ayuda para salvar las situaciones de imprevistos sobrevenientes.

¿Es aceptable en Chile la cesión de contrato? No obstante carecer nuestro Código Civil de una regulación expresa y orgánica sobre esta materia, según todos los argumentos expuestos en este estudio, específicamente en la parte IV, es indudable que ello es posible.

Desde luego, en el caso de la cesión de deudas, no hay prohibición legal para esta especie de subrogación y la materia cae dentro del terreno de la libertad contractual; tampoco atenta contra el orden público, ni contra la moral ni las buenas costumbres, y por lo tanto, no constituiría objeto ilícito.

No se nos diga que el silencio del código es un obstáculo, porque ello sería una conclusión objetivamente injusta. “El silencio de la ley se explica porque sus autores vieron la relación obligatoria como un todo, no otra cosa, como la suma de los créditos singulares pertenecientes a una y otra parte. El progreso del conocimiento científico, que nos ha enseñado a ver en la relación obligatoria algo más que una estructura de derechos, situaciones jurídicas y obligaciones, no puede oponerse a la obtención de un resultado en forma alguna desaprobado por el legislador.”¹²⁵

Pero aún nos queda el recurso a la necesidad práctica de aceptar la cesión de contrato, necesidad que llevó a los Códigos Civiles más modernos a regular orgánicamente ésta institución. Esta necesidad también, más establecida que asimilada, llevó a nuestro legislador a recurrir a ella en otros cuerpos legales.

En el Derecho Privado Patrimonial chileno nos encontramos con diversos casos específicos frente a la figura de la cesión de contrato¹²⁶:

- Casos en que la ley ordena la cesión de contrato: sucesión por causa de muerte, contrato de arrendamiento (artículo 1962 del Código Civil), contrato de seguro (artículo 530 del Código de Comercio),
- Casos en que no resulta posible la cesión de contrato sea por la esencia misma, como lo son los contratos *intuitu personae* o cuando se trata de contratos unilaterales o por disposición de la ley, como sucede en el contrato de mandato artículo 2135.

¹²⁵ LARENZ, Kart. *apud.* FERNÁNDEZ LAMA, Cristián. *op. cit.*, p. 68.

¹²⁶ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. “La Asunción de Deudas y la Cesión de Contrato”, Ed. Jurídica de Chile, 1984, p. 60.

- Casos en que la ley autoriza la cesión de contrato: contrato de arrendamiento (artículo 1946 del Código Civil, 7 y 15 del D.L. 993); contrato de sociedad (artículo 2088 del Código Civil); contrato de seguro (artículo 27 D.F.L. 251 de 1931 y artículo 1246 del Código de Comercio), contrato de transporte (artículo 176 del Código de Comercio), algunos contratos administrativos (reglamento para contrato de obras públicas, reglamento para contratos de ejecución de obras de edificación y urbanización para servicios e instituciones de la vivienda).

Fuera de los casos tratados, cabe preguntarse cuál es la regla general en las situaciones no reglamentadas específicamente, esto es, si la cesión de contratos puede o no admitirse en nuestro Derecho.

Creemos que la cesión de contrato es posible y válida por regla general en nuestro Derecho. Si no fuera posible, no tendría sentido que el legislador la haya prohibido en ciertos casos, como sucede en el mandato. No se prohíbe lo que no puede hacerse, sino precisamente lo que es posible realizar. En todos los casos en que es posible la realización de la cesión, la voluntad de las partes es apta para legitimar la cesión a través de una cláusula accidental.

La validez de la cesión de contrato en nuestro Derecho se deduce, pues, de la inexistencia de una disposición que la prohíba genéricamente; de las disposiciones que la prohíben en algún caso específico –mandato–; de aquellas que la autorizan para ciertos negocios jurídicos; y además del principio de Derecho Privado que establece la licitud de realizar todo lo que la ley no haya prohibido, esto es, del principio de la autonomía privada. Las partes pueden, con arreglo a este principio, celebrar el contrato que deseen, determinar su contenido, señalar sus efectos, duración, etc., salvo en los casos en que sea la ley la que haya establecido alguna prohibición.

En definitiva, el lugar que ocupa la cesión de contrato en el Derecho de Obligaciones es disperso y tenue. Por otra parte, es susceptible de aplicarse a una amplia tipología de contratos y por otra, se vale de dispositivos suministrados por la teoría del Derecho de Obligaciones. En tales circunstancias no requiere un

reconocimiento legal ni una regulación específica, sino que sólo en lo que se refiere a los efectos de la cesión, específicamente los efectos que este produce para terceros, tema que no fue tratado en este estudio, pero que sin duda es de gran importancia.

La cesión de contrato no se encuentra prohibida por ninguna disposición de carácter general de nuestro Derecho, ni ella atenta contra el orden público, ni las buenas costumbres, ni adolece de objeto ilícito o causa ilícita; y habiendo establecido en este estudio, la estructuración y forma de realización de este negocio jurídico, adecuándolo a nuestras normas y, por lo demás, posible en nuestro Derecho, es que debemos concluir que *la cesión de contrato es lícita en nuestro Derecho, y que nada puede impedir, a un contratante, ceder su posición jurídica dentro de un contrato a un tercero originalmente extraño este.*

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René. “Las obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 2003.
- ALTERINI, Aníbal Atilio y REPETTI, Joaquín Enrique. “La Cesión del Contrato” Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.
- ANDREOLI, Marcelo. “La Cessione del Contratto”, traducción de Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- BAEZA CAMPOS, María Del Pilar. “La Subcontratación”; Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- BAEZA CAMPOS, María Del Pilar. “La Cooperación al Contrato Ajeno”. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de la contratación comparada e internacional. Universidad de Chile, 1989.
- CASTAN TOBEÑAS, José. “Hacia un Nuevo Derecho Civil”, Editorial REUS S.A., Madrid, 1933.
- CASTAN TOBEÑAS, José: “Derecho Español Común y Foral”, XVI ed., Editorial REUS S.A., Madrid, 1992.
- CICALA. “La Cessione del Contratto”, Milán, 1962.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. “Cesión de Créditos”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.
- CRISTOBAL-MONTES, Ángel. “La Cesión del Contrato”, Anuario de Derecho Civil, Tomo XXI, Fascículo I, enero-marzo 1968, Publicación del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

- DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMINGUEZ ÁGUILA, Ramón. “Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed. actualizada, 1998.
- DÖRR ZEGGERS, Juan Carlos. “La Cesión de Deudas y Contratos”. Revista Chilena de Derecho, vol. 16, 1989.
- DÖRR ZEGGERS, Juan Carlos. “La Subrogación Personal Sin Pago”. Revista Chilena de Derecho, vol. 25, 1998.
- FERNANDEZ LAMA, Cristián. “Ensayo sobre la cesión de contratos en los casos no regulados específicamente por la ley”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2002.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. “La Asunción de Deudas y la Cesión de Contratos”, Editorial Jurídica de Chile, 1984.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. “El Patrimonio”, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- GALÁN SOLANO, Rosa. “La Cesión del Contrato”; Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- GARCÍA-AMIGO, Manuel. “La Cesión de Contratos en el Derecho Español”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “Los Contratos Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 2005.

- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. "La cesión de contrato en el Derecho colombiano", Revista Actualidad Jurídica, N° 13, enero 2006, Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo, Chile.
- MESSINEO, Francesco. "Doctrina General del Contrato", traducción de R.O. Fontarrosa, S. Sentis Meledo, M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- MESSINEO, Francesco. "Derecho Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción Sentis Meledo, Buenos Aires, 1956.
- MOLLE, Roque. "Análisis comparativo de cesión de crédito, cesión de contrato, delegación y novación", Revista Asociación de Escribanos de Uruguay, vol. 80, enero/julio 1994.
- PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil", Editorial BOSH Barcelona, 1956.
- VALLS TABERNER, Luis. "La Cesión del Contrato en el Derecho Español", Editorial MAY, Barcelona, 1955.