

# Unidad 6

---

- **La trasmisión de las obligaciones**

*“La cesión de crédito es un contrato por el cual el acreedor, que se llama cedente, transmite los derechos que tiene en contra de su deudor a un tercero, que se llama cesionario”*

# LA CESION DE DERECHOS

## INTRODUCCIÓN

**Códigos extranjeros.** El código portugués se ocupa de la cesión entre los medios de extinción de las obligaciones. Los códigos francés, español e italiano regulan la cesión de derechos refiriéndose al contrato de venta. El código argentino tiene un título denominado “Cesión de Créditos”, colocado entre el título de la compraventa y el de la permuta, considerando a la cesión como un contrato especial. El código (suizo) de las obligaciones dedica a la cesión de los créditos el último título de las disposiciones generales, antes de reglamentar las diversas especies de contratos.

Nuestros códigos. El código de 1884 impropiaamente trata de la cesión de derechos bajo el nombre de cesión de acciones, en el título “De la extinción de las obligaciones”, no obstante que, como veremos después, la cesión no es caso de extinción de obligaciones. El código de 1928, procediendo mejor, coloca el capítulo “De la cesión de derechos” en el título “De la trasmisión de las obligaciones”.

## LA CESION DE CRÉDITOS

### **CAPÍTULO PRIMERO GENERALIDADES**

**Nociones.** La cesión de crédito es un contrato por el cual el acreedor, que se llama cedente, trasmite los derechos que tiene en contra de su deudor a un tercero, que se llama cesionario.

La palabra cesión designa también a la trasmisión del crédito y entonces hay que distinguir esta trasmisión de sus orígenes como veremos en el párrafo siguiente.

Por la cesión, el acreedor es sustituido por el adquirente del crédito; pero queda subsistiendo el crédito mismo contra el sujeto pasivo sin alterarse la obligación.

**Elementos según nuestros códigos.** Código de 1884. “Artículo 1621. El acreedor puede transmitir a otro su derecho por título gratuito u oneroso independientemente del consentimiento del deudor.” Código de 1928. “Artículo 2029. Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiera a otro los que tenga contra su deudor.” “Artículo 2030. El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor...”

**Carácter variable de la operación.** “La cesión de crédito tiene el carácter de venta si se hace por un precio cierto y en dinero, el de permuta si se efectúa a cambio de una cosa, el de donación si se realiza gratuitamente”. “En lo único que difieren la venta, la permuta y la donación, por una parte, y la cesión de crédito por la otra, es con respecto al objeto; en un supuesto se trata de cosas y en otro de bienes incorporales”. Por esta razón, de acuerdo con lo que previene el artículo 2031 del código de 1928, en la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieren modificadas en el capítulo sobre la cesión de derechos. Así pues, si un acreedor transmite su derecho a otra persona por un precio cierto y en dinero, el contrato será de compraventa según las definiciones de la compraventa consignadas en nuestro código y por lo mismo se observarán las disposiciones relativas al repetido contrato; pero sólo en lo que no estuvieren modificadas por las prevenciones legales de la cesión de derechos, pues el contrato tiene también este carácter por las definiciones de los artículos 1621 del código de 1884 y 2029 del código de 1928.

**Utilidad de la cesión.** “Esta operación muy frecuente en la práctica, ofrece intereses múltiples. 1° Para el cedente. Desde luego, permite a un acreedor a plazo, que nada podría reclamar a su deudor, percibir en seguida el monto de su crédito cediéndolo: lo realiza inmediatamente, con deducción de los intereses. Puede aun pagar a su propio acreedor, cediéndole su deudor; su crédito es un valor que da en pago. 2° Para el cesionario. Comprar un crédito es a menudo un medio de colocar ventajosamente su dinero. Se puede adquirir una hipoteca en buen lugar, que no se obtendría por una constitución nueva”.

**Trasmisión total o parcial.** En principio se pueden ceder todos los créditos. Además, el acreedor puede ceder a dos personas diferentes partes alícuotas del mismo crédito o puede ceder una parte del crédito reservándose la otra.

## **CAPÍTULO SEGUNDO CRÉDITOS INCEDIBLES**

**Código de 1884.** Según el artículo 1420 “los derechos que resultan de los contratos pueden ser transmitidos entre vivos si no son puramente personales por su naturaleza, por efecto del mismo contrato o por disposición de la ley”.

“Para determinar si un crédito es intransmisible por cesión, por su propia naturaleza, debe verificarse si fue o no constituido en provecho exclusivo del acreedor, teniendo por fin la satisfacción de sus necesidades personales”.

Tal es el derecho de exigir alimentos. “Siendo los alimentos debidos por causa de necesidad invocada por el que debe recibirlos, no puede éste cambiar el destino de las respectivas prestaciones; el derecho a la existencia no puede ser enajenado; y, por eso, los alimentos no pueden ser objeto de cesión...”. “En virtud de una cláusula contractual puede el acreedor quedar impedido de transmitir su

crédito por acto entre vivos sin consentimiento del deudor...La verdad...es que aunque una relación de crédito se caracteriza por su objeto, éste no puede dejar de considerarse en relación con los sujetos de esa relación y, por el propio título en virtud del cual el crédito se constituye, éste puede quedar teniendo un carácter personal”.

**Código de 1928.** Según el artículo 2039 el acreedor puede ceder su derecho “a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho. El deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía cederse porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho”.

Por virtud de prohibición de la ley: no puede cederse el derecho de preferencia por el tanto, del cual goza el vendedor en el caso de que el comprador quisiera vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa, si así se ha estipulado [art. 2303 del mismo código]: el arrendatario no puede ceder sus derechos sin el consentimiento del arrendador [art. 2480 del mismo código]: el comodatario no puede ceder su derecho a usar la cosa que ha recibido en comodato sin permiso del comodante.

“Las partes son libres de restringir según sus conveniencias el objeto de una obligación y, en particular, prohibir al acreedor ceder su crédito y exponer así al deudor a los inconvenientes (y a la agravación de su obligación) que quizá traería para él un cambio de acreedor. En lugar de prohibir absolutamente la cesión, las partes pueden hacerla más difícil o aportar a ella ciertas restricciones; así son libres sea de prohibir al acreedor ceder su crédito durante cierto tiempo o a ciertas personas, sea subordinar la validez de la cesión a un aviso dado al deudor o al consentimiento de éste”.

“La cesión está excluida por la naturaleza de la relación jurídica cuando para poder entregarse al cesionario el objeto de la prestación deba sufrir una modificación o cuando la cesión impida alcanzar el fin del crédito o lo comprometa. Por ejemplo...produciría una modificación del objeto del crédito (la cesión)...del derecho del mandante a la ejecución del mandato, porque el negocio del cual ha aceptado encargarse el mandatario sería otro si tuviera que ocuparse de él por cuenta de un cesionario. Si un crédito es incedible, la cesión no produce efecto alguno no solamente respecto del deudor, sino igualmente respecto de las partes contratantes (el cedente y el cesionario) y de los terceros. El crédito queda de propiedad del cedente y puede ser embargado por sus acreedores”.

# **CAPÍTULO TERCERO**

## **EFECTOS DE LA CESIÓN**

### **SECCIÓN 1ª**

#### **EFECTOS ENTRE EL CEDENTE Y EL CESIONARIO**

##### **I. FORMALIDADES**

**Escrito privado o escritura pública.** Código de 1884. “Artículo 1629. Es nula la cesión de acciones si no se hace por escrito privado cuando el valor del derecho cedido no excede de quinientos pesos, o por escritura pública cuando excede de dicha suma, o cuando conforme a la ley deba constar por escritura pública el derecho cedido.”

Código de 1928. “Artículo 2033. La cesión de créditos civiles...puede hacerse en escrito privado que firmarán cedente, cesionario y dos testigos. Sólo cuando la ley exija que el título del crédito cedido conste en escritura pública, la cesión deberá hacerse en esta clase de documento.”

La omisión de las formalidades legales mencionadas produce la nulidad del contrato.

**Entrega del título.** El código de 1884, en su artículo 1628, establece lo siguiente: “Para que el derecho cedido pase al cesionario, es requisito indispensable la entrega del título en que se funde el crédito, cuando conforme a la ley sea necesario el título para la validez del crédito, o cuando, sin serlo, se hubiere extendido.” Este artículo debemos considerarlo como un trasunto del Derecho romano, en donde un medio de transmitir la propiedad era la *traditio*, la entrega de la cosa. Cuando el título es un documento privado puede entregarse materialmente el título por el cedente al cesionario, con lo cual se logra prácticamente que el primero no pueda ya ejercitar su acción en contra del deudor y que sí lo pueda hacer el cesionario. Pero, ¿qué decir del caso en que el título sea una escritura pública? Entonces el título consta en el protocolo en unión de otras escrituras, y como el notario debe conservar en su poder el protocolo, no puede entregar la escritura misma al cedente. En consecuencia, éste se encuentra en la imposibilidad material de hacer entrega del título del crédito al cesionario. Lo único que puede tener el cedente es una copia, o sea, un testimonio de la escritura y es lo que puede entregar al cesionario; en la práctica es lo que le entrega y lo que se supone que debe entregarle para la validez de la cesión. Esta es la opinión corriente, pero a mi me parece que el legislador al establecer el requisito de la entrega del título lo hace con el fin de poner al cesionario en condiciones de que ya el cedente no pueda disponer de su crédito trasmitiéndolo a otro o recibiendo el pago del deudor. Si ésta es la razón del precepto, como lo supongo, la entrega de la copia del título no impide que el cedente obtenga otra copia y con ella cobre al deudor o ceda el crédito. Por esta razón considero que el artículo 1628, transcrito antes, en realidad sólo tiene aplicación en el caso de que

el título sea un documento privado susceptible de entregarse materialmente al cesionario.

El requisito de la entrega del título para la validez de la cesión reo ha sido reproducido por el código de 1928.

## II. EXTENSION

**Derechos que se transmiten.** Dice el artículo 1638 del código de 1884 que el crédito cedido pasa al cesionario con todos sus derechos, sean de la clase que fueren; no habiendo pacto expreso en contrario. Así pues, el cesionario adquiere no sólo el crédito mismo, es decir, los derechos principales, sino sus accesorios como son la fianza, la prenda y la hipoteca con que el crédito esté garantizado, así como sus privilegios que deriven de la naturaleza del crédito; pero no los privilegios inherentes a la persona del cedente.

El código de 1928 establece lo mismo diciendo: “La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente. Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal”.

## III. EVICCIÓN Y SANEAMIENTO

### A. Garantía de Derecho

**Existencia y legitimidad del crédito.** Según el artículo 1640 del código de 1884: “El cedente está obligado a garantizar la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso.” El artículo 2042 del código de 1928 a su vez establece que: “El cedente está obligado a garantizar la existencia o legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso.”

Cunha Goncalve y Alves Moreira exponen lo que debe entenderse por existencia y legitimidad del crédito. Su exposición concuerda sustancialmente con la de Baudry-Lacantinerie et Saignat, quienes, comentando el artículo 1693 del Código Napoleón, que sólo menciona el requisito de existencia del crédito, se expresan así: “En resumen, la obligación que el artículo 1693 impone al cedente de garantizar la existencia del crédito lo sujeta a garantizar: 1° que el crédito que cede existe en el momento de cesión; 2° que es propietario del crédito; 3° que el crédito no está atacado de algún vicio por el que pueda ser anulado; 4° que no ha concedido sobre el crédito ningún derecho que pueda impedir la completa transmisión del mismo al cesionario.”

**Evicción.** La obligación que establecen los artículos insertos en el número anterior corresponde a la de prestar la evicción que imponen al enajenante los artículos 1488 y siguientes del código de 1884 y 2119 y siguientes del código de 1928. Por esto las disposiciones que se acaban de citar constituyen derecho subsidiario en materia de cesión.

**Solvencia del deudor.** El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, a no ser que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión. En este caso se presume *juris et de jure* que lo sabía el deudor, habrá dolo por parte de él y las leyes no favorecen a los dolosos.

**Cesión en globo.** El que cede alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, cumple con responder de la legitimidad del todo en general; pero no está obligado al saneamiento de cada una de las partes, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte.

**Cesión gratuita.** La garantía de que hemos tratado es propia de las cesiones a título oneroso. Aunque el código de 1884 no lo ha declarado así, esa garantía no procede en las cesiones a título gratuito, porque el cedente, no habiendo recibido nada del cesionario, no está obligado a prestar la evicción. El código de 1928 sí hace la distinción indicada en estos términos: Si la cesión fuere gratuita, el cedente no será responsable para con el cesionario, ni por la existencia del crédito, ni por la solvencia del deudor.

## **B. Garantía convencional**

**Elemento natural.** La garantía, tal como está reglamentada por la ley, es sólo un elemento natural de la cesión; sus preceptos no son de orden público y en consecuencia pueden modificarse convencionalmente.

**Cláusulas restrictivas.** El cedente no será, pues, responsable de indemnización de daños y perjuicios cuando expresa o tácitamente haya excluido la garantía al celebrar el contrato de cesión.

**Cláusulas extensivas.** El cedente está obligado a garantizar la solvencia del deudor cuando así se haya estipulado expresamente.

“Si el cedente se hubiere hecho responsable de la solvencia del deudor y no se fijare el tiempo que esta responsabilidad deba durar, se limitará a un año contado desde la fecha en que la deuda fuere exigible, si estuviere vencida; si no lo estuviere se contará desde la fecha del vencimiento”.

## SECCIÓN 2ª

### EFECTOS ENTRE EL CESIONARIO Y EL DEUDOR

**Excepciones oponibles al cesionario.** “El crédito pasa al cesionario tal como el cedente lo poseía”. “El cesionario en ningún caso podrá tener mayores derechos que el cedente”

El deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente en el momento en que se hace la cesión.

**Notificación.** Para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor deberá hacer a éste la notificación respectiva (es decir, de la cesión) ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario. Nótese que según nuestros códigos es el cesionario el que debe hacer la notificación ante los testigos o ante el notario. Sin embargo, el artículo 79 de la Ley del Notariado vigente para el Distrito y Territorios Federales previene lo siguiente: “Las notificaciones que la ley permita hacer por medio de Notario, o que no estén expresamente reservadas a otros funcionarios, podrá hacerlas el Notario por medio de instructivo que contenga la relación sucinta del objeto de la notificación, siempre que a la primera busca no se encuentre a la persona que deba ser notificada; pero cerciorándose previamente de que dicha persona tiene su domicilio en la casa donde se le busca y haciéndose constar en el acta el nombre de la persona que recibe el instructivo.”

Sólo tiene derecho para pedir o hacer la notificación, el acreedor que presente el título justificativo del crédito o el de la cesión cuando aquél no sea necesario. Así es que aunque el código vigente no exige que el cedente entregue al cesionario el título para la validez de la cesión, el cesionario debe tener en su poder el título, cuando sea necesario, para hacer la notificación al deudor.

Si el deudor está presente a la cesión y no se opone a ella o si estando ausente la ha aceptado, y esto se prueba, se tendrá por hecha la notificación.

**Conflicto entre cesionarios.** Entre dos cesionarios del mismo crédito prevalece aquel que primero ha hecho la notificación o ha aceptado la cesión. De acuerdo con este criterio el código de 1928 en su artículo 2039 establece que: “Si el crédito se ha cedido a varios cesionarios, tiene preferencia el que primero ha notificado la cesión al deudor, salvo lo dispuesto para títulos que deban registrarse.”

**Pago.** “Hecho la notificación, no se libra el deudor sino pagando al cesionario”, dice el artículo 2041 del código de 1928. El código de 1884 agregaba al precepto estas palabras: “que le presente el título”. El mismo código anterior contiene el artículo 1636 del tenor siguiente: “Si el título se ha extraviado, el acreedor tiene derecho de probar su existencia; y la confesión del deudor o el fallo judicial servirán de nuevo título.”

## SECCIÓN 3ª

### EFECTOS ENTRE EL CEDENTE Y EL DEUDOR

**Pago.** “Mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libra pagando al acreedor primitivo y este acreedor aún puede exigir el pago al deudor”.

## SECCIÓN 4ª

### EFECTOS CONTRA TERCEROS

#### I. SISTEMA DEL CÓDIGO DE 1884

**La regla.** Mientras no se ha hecho la notificación al deudor la cesión no tiene existencia jurídica en relación a los terceros, es ineficaz, es inoponible a ellos. El cedente sigue siendo titular del crédito cedido y al cesionario no se reputa acreedor.

Desde que se hace la notificación al deudor en las condiciones exigidas por la ley, la cesión produce todos sus efectos con relación a los terceros.

**Aplicación.** “Los acreedores del cedente podrán ejercitar sus derechos con respecto a la deuda seguida, siempre que no se haga la notificación en los términos legales”, supuesto que, según acabamos de ver, mientras no se hace la notificación se reputa que el crédito no ha salido del patrimonio del cedente.

**Papel de la notificación.** “En el derecho moderno, la notificación o conocimiento de la cesión representa principalmente una condición de publicidad, entendiéndose el legislador que los interesados en el crédito cedido se dirigirán al deudor cuando sobre él pretendan ejercer algún derecho o realizar cualquier contrato y que así los derechos de los terceros, y designadamente los del deudor, que es sin duda alguna el más interesado, quedan debidamente garantizados”.

Por otra parte, Cunha Goncalves expone su punto de vista en estos términos: “A mi modo de ver... La notificación hecha al deudor... no constituye, en rigor, una forma de publicidad con relación a terceros, sino un medio de impedir que el deudor pague al cedente y éste abusivamente acepte el pago y también el medio de evitar fraudes en perjuicio del deudor y de terceros, certificándose de modo auténtico la fecha de la cesión, cuando esta misma no se haya hecho por documento auténtico”.

Planiol a su vez critica la primera de las opiniones expuestas diciendo: ¿Cómo la ley ha podido considerar a la notificación hecha al deudor como un medio suficiente para prevenir a los terceros? Supone evidentemente que aquellos que tengan necesidad de conocer la cesión irán a informarse de ella con el deudor, transformado así en agente de noticias para el uso del público. Está uno obligado a confesar que éste es un modo de publicidad bastante imperfecto. A

continuación agrega que la formalidad de la notificación es un procedimiento establecido en interés exclusivo del cesionario.

## II. SISTEMA DEL CÓDIGO DE 1928

**Tres reglas adoptadas.** “La cesión de créditos...no produce efectos contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, conforme a las reglas siguientes:

- I. Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción, en el Registro Público de la Propiedad;
- II. Si se hace en escritura pública, desde la fecha de otorgamiento;
- III. Si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público; desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio”.

## **CAPÍTULO CUARTO LOS CRÉDITOS LITIGIOSOS**

**Observación.** Este caso fue previsto y reglamentado por los artículos 1622 a 1627 del código de 1884, los cuales no han sido reproducidos por el código vigente.

**¿Cuándo son litigiosos los derechos?.** Contesta el artículo 1627 del código de 1884 diciendo que: “Se considerará litigioso el derecho desde el secuestro en el juicio ejecutivo; desde que se fije la cédula en el hipotecario; y en los demás, desde la contestación de la demanda hasta que se pronuncie sentencia que cause ejecutoria.”

**Liberación del deudor.** A este respecto encontramos dos artículos en el código de 1884: “Artículo 1624. El deudor de cualquiera obligación litigiosa cedida por título oneroso, puede librarse, satisfaciendo al cesionario el valor que éste hubiere dado por ella con sus intereses y demás expensas que hubiere hecho en la adquisición.” “Artículo 1626. La liberación permitida en el artículo 1624, sólo podrá tener lugar cuando el litigio no haya sido resuelto en última instancia.”

**Prohibición.** “Si los derechos o créditos fueren litigiosos, no podrán ser cedidos en ninguna forma a las personas que desempeñen la judicatura, ni a cualquiera otra autoridad de nombramiento del gobierno, si esos derechos o créditos fueren disputados dentro de los límites a que se extienda la jurisdicción de los funcionarios referidos.

“La cesión hecha en contravención a lo dispuesto en el artículo anterior será nula de pleno derecho”.

# LA CESION DE OTROS DERECHOS

## **CAPÍTULO PRIMERO** **LA CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS.**

### **SECCIÓN 1ª** **LA CESION PROPIAMENTE DICHA**

**Carácter distintivo.** La cesión prevista por los artículos 1645 a 1647 del código de 1884 y por los artículos 2047 a 2049 del código de 1928, que es la cesión de derechos hereditarios propiamente dicha se caracteriza porque el cedente no enumera las cosas de que se compone la herencia.

**Objeto.** Esta cesión es una trasmisión a título universal, tiene por objeto el derecho universal de heredero, los derechos adheridos a esta cualidad, la herencia misma considerada como universalidad jurídica. Este decir, el objeto de la cesión es un conjunto de bienes que forman una masa, la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo. La universalidad comprende, es verdad, bienes determinados, créditos, efectos muebles e inmuebles; pero la cesión no recae sobre estos bienes particulares, el objeto de la cesión no es el derecho a un bien o a bienes determinados o considerados individualmente.

**Garantía.** El cedente sólo está obligado a responder de su calidad de heredero. Esta es la garantía de derecho. Pero los contratantes pueden aumentar o disminuir esta garantía.

**Obligación del cedente.** Si el cedente se hubiere aprovechado de algunos frutos o percibido alguna cosa de la herencia que cedere deberá abonarla al cesionario, si no se hubiere pactado lo contrario.

**Obligación del cesionario.** “El cesionario debe, por su parte satisfacer al cedente todo lo que haya pagado por las deudas o cargas de herencia y sus propios créditos contra ella, salvo si hubiere pactado lo contrario”.

### **SECCIÓN 2ª** **TRASMISION DIFERENTE DE LA CESION**

**Cesión enumerando las cosas.** Cuando el que cede su derecho a una herencia enumera las cosas de que ésta se compone no celebra el contrato previsto en los artículos de nuestros códigos citados en el número 1260 de este libro. A este respecto dice García Goyena: “afirmando, en qué consiste la herencia, enumerando, las cosas que la componen, se entienden vendidas éstas

y, generalizando, debemos decir que se entienden enajenadas las cosas. La ley no se ocupa de este caso porque no tiene nada de especial. Si el heredero trasmite su derecho a un objeto u objetos determinados de la sucesión, no celebra el contrato de cesión de derechos hereditarios, sino que celebra un contrato de venta, permuta, etc.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA TRASMISIÓN DE DERECHOS REALES**

#### **SECCIÓN 1ª**

#### **LA DOCTRINA**

**Derecho francés.** Aubry y Rau definen la cesión en estos términos: “La cesión, en el sentido más amplio de esta palabra, es la transmisión, por acto entre vivos, de un objeto incorpóreo”.

Planiol enseña que en el Código Napoleón, en el capítulo denominado “De la transmisión de los créditos y otros derechos incorpóreos”, la ley sólo se ocupa de la cesión de créditos y de la cesión de herencia y que están fuera de ese capítulo los derechos reales y otras cosas incorpóreas, como oficios y patentes de invención. Baudry-Lacantinerie y Saignat dicen que los derechos reales y personales son cedibles, pero que no se aplican sino a estos últimos las reglas de los artículos citados 1689 y siguientes: que la venta de los derechos reales, que son desmembraciones de la propiedad, como el usufructo de una cosa corpórea y las servidumbres, está sometida a las mismas reglas que la venta de la propiedad.

**Derecho portugués.** Según Alves Moreira, la cesión sólo puede referirse a una relación de obligación y no a un derecho real, salvo los derechos reales de garantía que acompañan, como accesorios que son al crédito, habiendo juntamente con la cesión de crédito la transmisión de un derecho. En el mismo sentido opina Cunha Gongalves.

**Derecho argentino.** Colmo sostiene la aplicación extensiva o analógica de los principios legislativos sobre cesión de créditos a los derechos no creditorios. Para Lafaille la cesión abarca en principio todo género de derechos.

Agrega que dentro de la economía de la ley Argentina, todos los derechos patrimoniales podrían ser objeto de la cesión, debiendo exceptuarse únicamente el dominio, el cual, por confundirse con la cosa, sólo cabría transmitirlo mediante los contratos al efecto instituidos, como los de compraventa y donación.

**Derecho suizo.** Schneider y Fick, refiriéndose al título de la cesión de créditos, dice: “II. Este capítulo no trata solamente de la cesión de créditos, como el título y los marginales podrían hacerlo suponer, sino de una manera más general de la cesión de derechos”.

Rossel expone su parecer en estos términos: “en su acepción más general, la cesión es la transmisión de un bien incorpóreo por acto entre vivos. Pero se aplica más especialmente la palabra cesión a la venta de los créditos y es lo que hace nuestro código en sus artículos 164 y siguientes. Según nuestra ley, la cesión es, pues, la transmisión de un crédito, operada por el acreedor (el cedente), en favor de un tercero (el cesionario) mediante un precio.

## **SECCIÓN 2ª NUESTROS CODIGOS**

***Derecho de propiedad.*** A la transmisión de este derecho no se le llama cesión, ni tiene este carácter.

Sin embargo, el código de 1884, refiriéndose a la propiedad literaria, a la dramática y a la artística de los autores, generalmente llama cesión a la transmisión de esta propiedad. El código de 1928, a su vez, llama cesión a la transmisión de los derechos de autor, derechos a los cuales considera como de propiedad.

El código de 1884 considera a la transmisión del derecho de copropiedad como enajenación de una parte de la cosa indivisa, no le llama cesión. El código de 1928 dice que todo condueño puede enajenar o ceder la parte alícuota que le corresponda y en otro lugar alude a las condiciones en que los propietarios de cosa indivisa pueden vender su parte.

***Otros derechos reales principales.*** Según el código de 1884 el usufructuario puede enajenar el ejercicio de su derecho de usufructo [artículo 882] y según el código de 1928 puede enajenar ese derecho, es decir aquí, a la transmisión no se le designa con el nombre de cesión.

Los artículos 938 del código de 1884 y 1051 del código de 1928 establecen que el usuario y el que tiene el derecho de habitación en un edificio no pueden enajenar (no dicen ceder) su derecho a otro.

Como las servidumbres son inseparables del inmueble a que activa o pasivamente pertenecen, pasan activa y pasivamente con las mismas fincas.

***Derechos reales accesorios.*** La transmisión de estos derechos, como son la prenda y la hipoteca, está considerada como cesión. Ya lo hemos visto en el número 1238 de este libro.

***Conclusión.*** De lo expuesto resulta en mi concepto que aunque a veces nuestros códigos llaman cesión a la transmisión de derechos reales, no por eso a esa transmisión le son aplicables las reglas que los códigos de 1884 y de 1928 establecen en sus capítulos denominados respectivamente: “De la cesión de acciones” y “De la cesión de derechos”, salvo en lo que respecta a los derechos reales accesorios y a los derechos hereditarios, que, como hemos visto, a ellos se refieren los códigos en esos capítulos.

# LA SUBROGACION

## CAPÍTULO PRIMERO NATURALEZA Y EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.

### SECCIÓN 1ª NATURALEZA

**La idea de subrogación.** “La palabra subrogación evoca la idea de una sustitución, sea de una cosa por otra, sea de una persona por otra. En el primer caso es real, en el segundo es personal. Ahora bien, el pago puede ser la ocasión de una subrogación de orden personal”. De esta subrogación personal es de la que vamos a ocuparnos en este título, designándola simplemente con el nombre de subrogación.

**Lugar de la materia en nuestros códigos.** El código de 1884 se ocupa de la subrogación en un capítulo del título denominado “De la extinción de las obligaciones”, como lo hace la mayoría de los autores. El código de 1928, procediendo como lo hacen Bonnetcase, Hémarid y Alves Moreira, trata de la subrogación en un capítulo del título denominado “De la transmisión de las obligaciones”. Esta colocación es la correcta, por lo que veremos después.

**Noción de la subrogación.** La subrogación está ligada a un pago. “El pago con subrogación...difiere del pago ordinario en que, en lugar de extinguir la deuda, no hace sino cambiar la persona del acreedor. El deudor es liberado respecto de su acreedor, pero pasa a ser deudor de aquel que ha pagado la deuda por él...Es fácil ver cuál es la ventaja que presenta la subrogación para el que paga. Sin duda, éste, desde el momento en que no quiere hacer una liberalidad al deudor al que libera por su intervención, tiene contra él una acción personal para hacerse rembolsar. Esta acción puede variar según el carácter de la operación y las circunstancias en las cuales interviene [véase el número 869 de este libro]...Es la acción nacida del préstamo, si (el tercero) ha entregado al deudor los fondos necesarios para satisfacer su deuda...Pero esta acción personal... no está acompañada de garantía alguna y el que paga puede temer la insolvencia del deudor. Por lo cual tiene interés en ser subrogado en los derechos del acreedor, a causa de las ventajas que pueden estar adheridas a su crédito. La principal de estas ventajas es la que resulta de una garantía real o personal, es decir, de la existencia de un privilegio o de una hipoteca sobre los bienes del deudor o de una fianza. Pero al lado de esta ventaja o en su defecto, pueden existir otras...el crédito puede producir intereses a una tasa ventajosa; estos intereses se deberán al subrogado. Por otra parte, es natural que el que paga, subrogado en los derechos del acreedor al que ha desinteresado, no perderá por esto la acción personal que le pertenezca en contra del deudor”.

Hay dos especies de subrogación: “la subrogación convencional y la subrogación legal. La subrogación convencional es la que deriva del convenio de

las partes, mientras que la subrogación legal se realiza por el efecto de la ley, por el hecho solo de que una persona está en determinadas condiciones”.

**Definición.** Atento lo expuesto, podemos definir la subrogación diciendo que “Es la substitución admitida o establecida por la ley en los derechos de un acreedor, por un tercero que paga la deuda o presta al deudor fondos para pagarla”.

**Utilidad.** La subrogación “aprovecha al deudor, quien, sin ella, puede ser que no encontrara los fondos que necesita para liberarse y quedaría así expuesta a las rigores del acreedor; aprovecha también a este último, cuyo pago facilita; es ventajosa al subrogado mismo, en este sentido que le permite hacer una colocación de fondos con toda seguridad; en fin, no perjudica a los otros acreedores del deudor, cuya situación queda después de la subrogación lo que era antes...La subrogación aprovecha, pues, a todo el mundo y no perjudica a persona alguna. He aquí su razón de ser”.

## SECCIÓN 2ª EFECTOS

**Efecto traslativo.** “La subrogación constituye menos un modo de extinción de las obligaciones que un modo de trasmisión”. “El crédito pagado por el tercero subsiste en su provecho y le es transmitida con todos sus accesorios, aunque sea considerado como extinguido con relación al acreedor”.

**Limitación.** “Si el tercero ha obtenido del acreedor una liberación total, cuando sin embargo éste se ha contentado con una suma inferior al monto nominal de su crédito, el subrogado no puede reclamar al deudor más de lo que ha entregado...Se presume que el tercero que interviene y paga al acreedor no obra para ganar dinero, sino con una intención servicial y la subrogación no tiene por objeto sino garantizar el reembolso de lo que ha entregado.” “No hay que olvidar que el tercer subrogado ha pagado al acreedor”. A ese pago está ligada la subrogación, de manera que, cuando el pago es parcial, el derecho del subrogado debe limitarse al reembolso de lo que efectivamente haya pagado. Esta limitación es reconocida por la casi totalidad de los autores franceses, entre los cuales se pueden citar a Planiol, Baudry-Lacantinerie et Barde y los demás autores citados en el Repertorio de Fuzier-Herman, Carpentier y Frerejouant du Saint, a saber: Merlin, Duranton, Troplong, Marcadé, Murlon, Gauthier, Larombiere, Colmet de Santerre, Demolombe y Huc.

**Subrogación parcial.** A este respecto encontramos en el código de 1884 los preceptos siguientes: “Artículo 1594. El acreedor que solamente hubiere sido pagado en parte, podrá ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado, por el resto de su deuda.” “Artículo 1595. De esta preferencia disfrutarán únicamente los

acreedores originarios o sus cesionarios, sin que pueda pretenderla cualquiera otro subrogado.” “Artículo 1597. El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, no bastando éste para cubrir las todas, se hará según la prioridad de la subrogación.”

El código de 1928 sólo contiene el precepto del tenor siguiente: “Artículo 2061. El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata.”

### **SECCIÓN 3ª**

## **COMPARACION CON LA CESION DE CREDITO**

**Separación de estas instituciones.** “La subrogación se aproxima mucho a la cesión de crédito. Su origen histórico es común, como lo es su fin general. Se trata, en suma, de asegurar al que paga el beneficio de los derechos que pertenecían al acreedor primitivo y se concebiría muy bien que lo adquiriera por medio de una verdadera cesión...Sin embargo...las dos operaciones se han separado y la diferenciación se ha efectuado en razón de consideraciones de orden económico.

La cesión ha llegado a ser la operación de especulación, la subrogación se ha concebido como la operación de benevolencia, el servicio de amigo, que no comporta para su autor el derecho de realizar una ganancia y que debe saldarse simplemente para él por la ausencia de pérdida, es decir, por el reembolso de sus anticipos...Sería más exacto buscar en otra parte la verdadera causa de la separación introducida y mantenida entre las dos operaciones. Si la subrogación siempre debiera ser libremente consentida por el acreedor, es dudoso que la necesidad de diferenciarla de la cesión se hubiese afirmado jamás. Pero ha parecido bueno que el que paga pudiese ser investido de las acciones del acreedor independientemente de la voluntad de éste y ahí la cesión, operación convencional por esencia, no bastaba ya. La subrogación, institución más flexible, ha adquirido su utilidad propia, concebida como pudiendo también operar por la sola voluntad del deudor o de la ley” o sea por el hecho solo de que el que paga esté en determinadas condiciones.

**Diferencias de reglamentación.** “La ley ha organizado la reglamentación de la subrogación y de la cesión partiendo de la diversidad de los papeles que les atribuía. Las diferencias son numerosas” y son enumeradas por los autores. Comparando lo expuesto en el título anterior y en el presente se ve que en la subrogación: hay casos en los que no se necesita el consentimiento del acreedor: el subrogado tiene siempre, independientemente de la subrogación, una acción personal contra el deudor: no hay que observar las formas de la cesión, no se necesita notificar al deudor: no nace obligación de garantía: el subrogado no puede reclamar al deudor más de lo que ha pagado al acreedor.

## **CAPÍTULO SEGUNDO LOS VARIOS CASOS DE SUBROGACIÓN.**

### **SECCIÓN 1ª SUBROGACION CONVENCIONAL**

#### **I. CÓDIGO DE 1884**

##### ***A. Subrogación consentida por el acreedor***

**Texto legal.** “Artículo 1592. La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos, privilegios, acciones o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago.”

**Posibilidad.** “Esta especie de subrogación siempre es posible. El acreedor, al recibir su pago de una persona, distinta del deudor, que obra en su propio nombre, puede siempre concederle la subrogación, como también es libre de negársela”.

**La subrogación debe ser expresa.** “Sin duda el derecho moderno no exige términos sacramentales; pero no teniendo equivalentes las palabras subrogar o subrogación no se podría emplear en su lugar sino una perífrasis, tal como ceder o transmitir sus acciones, la que dejaría una duda sobre la intención verdadera de las partes”.

**Cuándo debe hacerse la subrogación.** Debe hacerse al mismo tiempo que el pago. La subrogación no puede ser posterior al pago porque entonces “sería demasiado tarde... el pago efectuado pura y simplemente habría extinguido la obligación cuya resurrección no sería posible en provecho del que pagó”.

Agrega Laurent que “Esta condición no está solamente fundada en el rigor del derecho, es necesaria para impedir que se pueda hacer revivir un crédito extinguido con la intención de procurar una preferencia a acreedores nuevos sobre acreedores anteriores. De ahí se sigue que la subrogación consentida después del pago, aun cuando éste fuera en el mismo día...sería inexistente”.

La subrogación consentida antes del momento del pago “sería demasiado pronto; el acreedor bien podría obligarse a consentir en la subrogación, pero ésta no se adquiriría por el futuro pagador; habría promesa de subrogación, no subrogación”.

##### ***B. Subrogación consentida por el deudor***

**Texto legal.** “Artículo 1593. Si la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare para ese objeto, solamente quedará subrogado el prestamista en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico, en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma

deuda. A falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato”.

**Comentario.** Cunha Goncalves comenta el artículo del código portugués, origen del nuestro 1593, en los términos siguientes: “De este precepto resulta: a) Que el préstamo, para los efectos de la subrogación, debe constar de título auténtico...pues el legislador quiso así dificultar el fraude en perjuicio de terceros, dando la certeza de la fecha del préstamo; b) Que no basta la prueba del préstamo hecho por tercero para que éste quede subrogado en los derechos del acreedor; es preciso probar también que el préstamo tuvo, de hecho, la aplicación indicada en el respectivo título, prueba que podrá ser hecha con la declaración del acreedor en el recibo o en la escritura de declaración de pago... d) Que aunque el artículo 780 (con el que concuerda nuestro artículo 1593) parezca delinear la hipótesis de que el préstamo y pago serán hechos en ocasiones diversas y por títulos distintos, todo esto podrá efectuarse en un solo título y, ciertamente, con mayor eficacia jurídica; e) En fin, que la subrogación resulta del simple hecho de la declaración del préstamo en las condiciones aludidas, traduciendo éstas el consentimiento implícito del deudor; y no es precisa la declaración expresa de la misma subrogación... ni tampoco que el dinero sea entregado al deudor, por el tercero mutuante, en presencia del notario . . el acreedor, en ciertos casos, puede oponerse al pago ofrecido por el tercero, pero cuando la oposición sea injusta tanto el tercero. . . como el deudor... podrán consignar el pago...y la subrogación podrá realizarse”

**Motivos de esta subrogación.** Este procedimiento parece singular: el acreedor subrogante no interviene y el deudor dispone de los derechos de este acreedor en contra de él. Es verdad que el acreedor recibe un pago, el cual debía esperar, pero le es impuesto y el deudor da lo que no le pertenece. En verdad, esta subrogación se explica por motivos de utilidad práctica que la han hecho introducir, desde el principio del siglo XVII, en interés de los deudores”.

## II. CÓDIGO DE 1928

**¿Hay subrogación convencional?** El nuevo código no menciona la subrogación convencional, ha suprimido el artículo 1592 del código de 1884 y aunque ha reproducido el 1593 del propio código lo ha hecho considerando el caso a que se refiere como de subrogación legal. La supresión y modificación a que acabo de referirme, pueden conducir a una de estas dos hipótesis.

*Primera.* El legislador no ha aceptado la subrogación convencional por considerarla inútil en vista de que sus efectos pueden lograrse por medio de la cesión de derechos. Esta es la hipótesis que, antes de ahora, me ha parecido probable.

*Segunda.* Es la que sostiene el licenciado Gual Vidal y que en los apuntes de su clase se encuentra fundada así: “yo creo que se admite también la subrogación convencional; no hay...ninguna razón de orden público que impida el que se verifique esta subrogación...y a virtud de contrato que celebre una tercera

persona con el acreedor le subroga, con el mismo derecho que tendría para hacerle una cesión de crédito...por otra parte, hay un precepto, que casi no deja lugar a duda, es el artículo 2072 del nuevo código, que está en materia de pago y que dice: “El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos; fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059.” Es decir, fuera de estos casos no hay obligación para la subrogación, pero eso no impide que haya el pacto convencional de subrogación, a contrario sensu el artículo 2072 nos está dando la solución. Después de reflexionar sobre estas razones, encuentro más fundada la segunda hipótesis.

## **SECCIÓN 2ª**

### **SUBROGACION LEGAL**

**Indicación preliminar.** El código de 1884, en su artículo 1591 y el código de 1928, en su artículo 2058 enumeran los casos de subrogación legal, o sea aquellos en que la subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados. A continuación vamos a ocuparnos de estos casos, aunque variando el orden en que se encuentran en los códigos.

#### **I. CASOS EN AMBOS CÓDIGOS**

**Primer caso.** “Cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación”, así dice el código de 1884 y el de 1928 agrega a la palabra “interés”, el adjetivo “jurídico”, precisando la naturaleza del interés a que se refiere el precepto legal. A este respecto, damos aquí por reproducido lo que dijimos en el número 868 de este libro. Dicho interés, según García Goyena, es “como lo tiene el acreedor mancomunado y el fiador”. La subrogación de que estamos hablando es la que “tiene lugar de pleno derecho en provecho de aquel que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla”.

**Segundo caso.** “Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él (la finca) un crédito hipotecario anterior a la adquisición.” Los autores franceses consideran este caso comprendido en el anterior. “El tercero, poseedor de un inmueble hipotecado, debe considerarse como interesado en el pago. ¿No está él también, al menos indirectamente, expuesto a la acción del acreedor? Sin duda no está obligado personalmente”.

**Tercer caso.** “Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente”. En este caso el que paga “no ha podido tener otro interés, ni otro objeto que el de gozar de las ventajas de la subrogación”. Ejemplo: “Se puede suponer que el acreedor que precede al que paga y que estaba provisto de una buena hipoteca, estando impaciente por percibir el monto de su crédito, se aprestaba a embargar el inmueble, aunque el momento estuviese mal escogido. El que paga, a quien una venta efectuada en ese momento no dejaría esperanza de recibir lo que se le

debía, ha preferido desinteresar a ese acreedor a fin de retardar la venta y de esperar días mejores para sacar del inmueble un alto precio”.

**Cuarto caso.** “Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia.” Refiriéndose a este caso dice Josserand: “Se quiere así permitir al heredero conjurar el embargo y la venta forzada de los bienes de la sucesión, en un momento inoportuno. Podrá, sin temor, desinteresar a los acreedores hereditarios demasiado apremiantes, con la certeza de que recobrará sus desembolsos, gracias a las garantías que pertenecen, así se supone, a dichos acreedores, en las cuales será subrogado de pleno derecho y que podrá utilizar al tiempo de la liquidación de la masa hereditaria y contra la sucesión, más exactamente contra los acreedores hereditarios no desinteresados por él”.

## II. CASOS SÓLO EN UN CÓDIGO

**Código de 1884.** Según la fracción III del artículo 1591, la subrogación es legal “Cuando se hace el pago con consentimiento expreso o tácito del deudor”. Esta fracción concuerda con el artículo 778 del código portugués, precepto que Cunha Gongalves comenta así, bajo el rubro de “Subrogación convencional”. “El artículo 778 nos muestra que, en este caso de subrogación, la actitud del deudor es pasiva; él no solicita el pago al tercero ni lo realiza por sí mismo: sólo consiente; y el consentimiento ni siquiera tiene que ser expreso, visto que puede ser tácito . . . basta que el deudor, sabiendo que el tercero va a pagar una deuda suya, de ningún modo se oponga a la subrogación.

El código de 1928 ha suprimido este caso. Ahora bien, como dice Josserand: “En todos los casos, las reglas de la subrogación son de derecho estricto, puesto que ella deroga al principio del efecto extintivo absoluto del pago”. Y agrega Josserand: “Los casos de subrogación legal son enumerados limitativamente en el artículo 1251, que hay acuerdo en interpretar restrictivamente”.

**Código de 1928.** El caso que hemos estudiado en los números 1291 a 1293 de este libro lo considera el código vigente, como de subrogación legal, pues, reproduciendo el artículo 1593 del código anterior, agrega a la palabra “subrogado” la expresión “por ministerio de la ley”.

# LA CESION DE DEUDAS

## **CAPÍTULO PRIMERO TERMINOLOGÍA Y DEFINICIÓN**

**Terminología.** La materia de que vamos a tratar en este título se designa en el Derecho alemán con la expresión *Schulduebernahme*, que la doctrina francesa traduce ya por “reprise de dette” ya por “cession de dette” y que en español se ha traducido por “asunción de deuda” y por “cesión de deuda”.

**Definición.** “La cesión de deuda o ‘asunción de deuda’ es el contrato por el cual un deudor es sustituido por otro y la obligación sigue siendo la misma”

## **CAPÍTULO SEGUNDO DERECHO ANTIGUO.**

**Derecho romano.** En este Derecho, y en general en Derecho antiguo, la personalidad del deudor se veía como un elemento, de tal manera esencial al contenido de la obligación, que se reputaba que no podía cambiar sin que la obligación fuese transformada en otra; el cambio de deudor se traducía en una novación, el deudor no podía ceder su deuda.

**Derecho francés.** De acuerdo con la tradición indicada, en vista de que el código Napoleón establece que la novación se opera cuando un nuevo deudor substituye al antiguo, que es liberado por el acreedor [artículo 1271] y de que no consagra en manera alguna la transmisión de la deuda a título particular, hay autores que consideran inadmisibles la cesión de deuda o se muestran desfavorables a ella. Entre estos autores podemos citar a Laurent, Bonnetcase y Hémard.

Por el contrario, otros autores consideran posible la cesión de deuda, fundándose principalmente en el principio de la libertad de los contratos cuando son lícitos, como sucede en el caso. Entre estos autores citaremos a Gaudemet Planiol, Baudry-Lacantinerie et Barde, Planiol, Ripert, Radouant et Gabolde.

**El problema en nuestro código de 1884.** Este código, como el Napoleón, no ha previsto la cesión de las deudas, limitándose a considerar en el artículo 1607 que hay novación cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo, que queda exonerado.

Aunque en el artículo 1638 (que procede del 793 del código portugués) dice que “El crédito cedido pasa al cesionario con todos sus derechos y obligaciones, sean de la clase que fueren; no habiendo pacto expreso en contrario” esto no significa sino que el crédito pasa al cesionario tal como el cedente lo tenía. Sólo quiere decir que cuando se ceden derechos a los que están adheridas obligaciones, cuando se ceden créditos nacidos de un contrato sinalagmático, si el

deudor no está obligado a cumplir sino mediante una prestación que debía efectuar el cedente, el cesionario para ejercitar su derecho tendrá que ejecutar esa obligación o hacer que la ejecute el cedente, pues de lo contrario su acción será rechazada por la excepción de contrato no cumplido que consagra el artículo 1434 de nuestro código civil citado.

Ahora bien, siendo verdad que nuestro antiguo código no reconoce expresamente ni reglamenta la cesión de deudas, ¿será posible que por voluntad de los contratantes un deudor sea substituido por otro sin que cambie la obligación? Nos inclinamos por la respuesta afirmativa en vista de las razones que han dado Gaudemet, Saleilles y demás autores franceses que opinan como éstos.

## **CAPÍTULO TERCERO DERECHO MODERNO.**

**Códigos alemán y suizo.** El código civil alemán presenta la primera reglamentación legislativa de la sucesión en la deuda considerada, por lo que es el lado pasivo de la obligación, como lo análogo de lo que es la cesión de crédito considerada por el lado activo. “El código federal (suizo) de las obligaciones de 1881 no mencionaba la asunción de deuda, que, de la misma manera que la cesión desde el punto de vista activo, constituye, desde el punto de vista pasivo, una forma de sucesión a título particular sin novación. Dicho código revisado en 1911 se agregó al código civil suizo de 1907 como su libro quinto, aunque conservando el nombre de Código de las obligaciones. En este nuevo código ya se acogió la asunción de deuda en sus artículos 175 a 183.

**Código de 1928.** Este código establece y reglamenta la cesión de deudas en sus artículos 2051 a 2057 inspirados en artículos del código de 1884 relativos a novación por cambio de deudor y en artículos del código civil alemán y del código (suizo) de las obligaciones (o sea libro quinto del código civil suizo) referentes a asunción de deuda.

**Caracteres distintivos.** Estos caracteres están contenidos en la definición que hemos dado en el número 1305. El antiguo deudor queda exonerado y el nuevo queda en lugar de él, así es que el deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo. El cambio de deudor no destruye la identidad de la obligación, la cual sigue siendo la misma, solamente modificada en uno de sus elementos, o sea en el sujeto pasivo. La subsistencia de la obligación, a pesar del cambio de deudor, la explica Saleilles, diciendo que “lo que es esencial en la obligación, salvo en ciertas obligaciones de hacer, es el resultado que debe alcanzarse, es decir, el objeto que debe ser prestado o la ejecución que debe ser realizada; no es la persona por intermedio de la cual esta prestación se efectuará: la persona no es sino un instrumento de ejecución y una simple garantía de solvencia. Si el acreedor consiente en abandonar un deudor para aceptar otro que debe quedarle obligado bajo las mismas condiciones, la esencia de su derecho no será modificada a no ser que haga remisión de alguna otra garantía de solvencia,

una caución o una hipoteca. Toda la dificultad consiste, pues, en asociar al acreedor a esta transmisión de la relación pasiva de su derecho y en no admitir que el deudor cambie y sea liberado sin que el acreedor haya sido llamado a autorizar esta substitución”. Por esto el código de 1928, en su artículo 2051, dice: “Para que haya substitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente.”

**Dos procedimientos.** En el código alemán la asunción de deuda puede efectuarse mediante contrato del que asume la deuda con el acreedor, conforme al artículo 414 o con el deudor, conforme al artículo 415. Ambos procedimientos caben dentro de los términos del artículo 2051 del código de 1928; los dos tienen por efecto realizar una verdadera sucesión en la deuda, o sea una transmisión o una cesión propiamente hablando; es a ellos a los que se aplica exclusivamente el capítulo relativo a la cesión de deudas.

**Contrato del que asume la deuda con el acreedor.** Según el artículo 414 del código civil alemán “Una deuda puede ser asumida por un tercero por vía de contrato celebrado con el acreedor, de tal manera que el tercero entre en el lugar y puesto del precedente deudor”. Refiriéndose a este artículo dicen Enneccerus y Lehmann que si la asunción se hace por contrato del que asume la deuda con el acreedor, “aquél se constituye inmediatamente en deudor y el deudor anterior se libera también inmediatamente. No es menester del asentimiento del hasta entonces deudor”.

Sáleilles, con referencia a este procedimiento de sucesión en la deuda, dice: “es la antigua *expromissio*, desde hace mucho tiempo desprendida de las concepciones primitivas de la novación y considerada como operando transmisión de deuda. El acreedor, en efecto, tiene calidad para hacer pasar la deuda de la persona del antiguo deudor a la persona de uno nuevo que la toma a su cargo”. Según el código (suizo) de las obligaciones, artículo 176, la asunción de deuda ordinaria “se opera por medio de un contrato entre el que asume la deuda y el acreedor. Los convenios celebrados entre el que asume la deuda y el deudor son preliminares de la asunción de deuda; pueden constituir una promesa del que asume la deuda de liberar al deudor, artículo 175. Como todo contrato, la asunción de deuda consiste en una oferta y en una aceptación. El artículo 176, a ejemplo del código civil alemán, artículo 415, supone que la oferta es hecha por el que asume la deuda y es aceptada por el acreedor.

Evidentemente, lo contrario es igualmente posible: la oferta puede emanar del acreedor y ser aceptada por el que asume la deuda. Una oferta tácita de asumir la deuda es suficiente; debe, sin embargo, manifestarse de manera que permita al acreedor saber que el que asume la deuda no entiende obligarse conjuntamente con el deudor sino en lugar y en el puesto de este último”.

**Contrato del que asume la deuda con el deudor.** El artículo 415 del código civil alemán dice: “Cuando la asunción de deuda ha sido objeto de un convenio celebrado por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la aprobación del acreedor. Esta aprobación no puede intervenir sino cuando el deudor o el tercero han comunicado la asunción de deuda al acreedor. Hasta la

aprobación las partes pueden modificar o suprimir el contrato. Si la aprobación es rehusada, la asunción de deuda se considera como no habiendo tenido lugar.”

Sobre el contrato celebrado entre los dos deudores se han propuesto diversas concepciones jurídicas que pueden verse en Saleilles. Estos últimos autores, citando a Gurgens, Windscheid, Unger y Regelsberger se expresan así: “Es discutida la naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda concluido con arreglo al párrafo (o artículo) 415. Según la opinión dominante que, a mi juicio, es la exacta (teoría de la disposición), el deudor conviene con el que asume la deuda que éste se constituye, en su lugar, en deudor de la antigua obligación. Ahora bien, este convenio contiene una disposición sobre el derecho de crédito del acreedor, ya que éste en lo futuro, en lugar de dirigirse contra el antiguo deudor, habría de hacerlo contra el nuevo, de manera que el derecho de crédito se modifica y, por consiguiente, lo mismo que toda disposición, requiere la ratificación del titular (párrafo o artículo 185) . No ha de extrañar que en este caso el acreedor sólo pueda ratificar cuando el deudor o el que en su lugar asume la deuda le hayan notificado la asunción, pues las partes tienen muchas veces motivos justificados para aplazar la decisión sobre si el negocio ha de ser también vinculante para el acreedor y este motivo puede ser el esperar a que se consuma la relación jurídica que constituye la base del convenio entre el deudor y el que asume la deuda.

Según otra teoría, la llamada teoría de la oferta, el contrato entre el deudor y el que asume la deuda sólo surte efecto entre ellos (en concepto de asunción de cumplimiento), pero si el que asume la deuda lo pone en conocimiento del acreedor, tal comunicación representa una oferta para la asunción de deuda realmente liberatoria y esta oferta es lo que el acreedor acepta mediante la ratificación. Si no es el que asume la deuda, sino el hasta entonces deudor quien comunica la asunción de deuda al acreedor, se da igualmente una oferta de asunción de deuda que el deudor hace en nombre del que asume la deuda y en su lugar, en virtud de un poder que tácitamente le otorga este último. La ratificación significa aceptar esta oferta”.

Saleilles, después de exponer las teorías a que se refieren Enneccerus y Lehmann y de dar a conocer la suerte que corrieron en el primer proyecto del Código alemán y ante la segunda comisión del mismo código, se expresa en estos términos: “La idea de una disposición del derecho de otro queda pues, siendo aún la concepción dominante, al menos según la opinión expresada en los trabajos preparatorios. . . Es verdad que los autores no se consideran ligados . . . por los trabajos preparatorios. Así es que varios de entre ellos, Blune y Hellwig entre otros, quieren volver a la idea de un contrato distinto, celebrado por el acreedor mismo en el momento de la adhesión que da el acto celebrado entre los dos deudores y que el artículo 415 habría calificado inexactamente de ratificación o de aprobación. Se quiere transformar el aviso dado al acreedor en una oferta de contratar y la adhesión de éste en una verdadera aceptación; pero se ha objetado a esto que los términos mismos del artículo 415 no se prestaban a esta libertad de interpretación, aun no considerando sino el punto de vista doctrinal...Resulta del sistema que ha prevalecido que la trasmisión de deuda por contrato celebrado con el deudor produce un doble efecto, el uno personal, el otro real. En tanto que es constitutivo de relaciones personales, crea entre el cesionario y el cedente un

vínculo de obligación...Consistirá sobre todo en el hecho de que el cesionario debe pagar en lugar del deudor y por consiguiente garantizarlo contra toda demanda del acreedor, pero sin que haya obligación de procurar al antiguo deudor, de parte del acreedor, su liberación antes del vencimiento de la deuda. El efecto real consistirá en que hay una enajenación ya realizada, enajenación que recae sobre el lado pasivo del derecho...Es verdad que respecto del acreedor la eficacia (del contrato) está subordinada a la aprobación de este último”.

Planiol, haciendo el análisis doctrinal de la cesión de deuda, observa que “La liberación del antiguo deudor suscita una dificultad capital: no puede hacerse sin la voluntad del acreedor; toda la cuestión es saber bajo qué forma el acreedor intervendrá en la operación. Según la teoría común, la única que es conciliable con los principios tradicionales del Derecho, la voluntad del acreedor desempeña el papel principal; la cesión de deuda se realiza solamente por su intervención; hasta allí no existe sino en el estado de proyecto, bajo la forma de una oferta colectiva hecha a él por los dos deudores de tomar al uno y de liberar al otro. El código alemán (art. 415, párrafo 1º) se ha mostrado más atrevido: el papel del acreedor está reducido a su mínimo, el convenio existe por el acuerdo de los dos deudores y la adhesión del acreedor tiene solamente por efecto hacerle oponible la operación. El señor Gaudemet mismo reconoce que no se encuentra fácilmente la justificación teórica de semejante solución”.

Nuestro código de 1928 lacónicamente establece: “Artículo 2051. Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor *consienta* expresa o tácitamente... Artículo 2053. El acreedor que exonera al antiguo deudor aceptando otro en su lugar...” Los términos que hemos subrayado parecen indicar que nuestro código vigente ha aceptado la teoría de la oferta, la que Planiol considera como la teoría común.

**Caso de enajenación de inmuebles hipotecados.** El artículo 416 del código civil alemán reglamenta de manera especial una de las hipótesis más importantes de sucesión en la deuda, que es la de la enajenación de un inmueble gravado con hipotecas con asunción, por parte del adquirente del inmueble, de las deudas garantizadas con las hipotecas constituidas sobre el fundo. Este artículo del código alemán no ha sido reproducido por el código de 1928 y la doctrina que contiene no es aplicable en nuestro Derecho.

El Derecho suizo sólo reconoce la asunción de deuda por contrato entre los deudores en caso de asunción de un patrimonio [artículo 181 del código de las obligaciones] y en el caso de enajenación de inmuebles gravados con un derecho de prenda. Refiriéndose a este último caso dice Tuhr que en caso de enajenación de un inmueble gravado con hipoteca el vendedor queda obligado por la deuda personal, en tanto que la carga pasa al adquirente, pero que en caso de venta inmueble las partes convienen generalmente en la asunción de la deuda y ésta se imputa al, precio de la venta. Rossel y Mentha hacen observar “que la asunción de deuda supone un doble proceso contractual: interno, por el cual el adquirente libera al enajenante, externo, por el cual el adquirente se obliga para con el acreedor; no es perfecta sino por el cumplimiento de este doble proceso.

**El consentimiento del acreedor en el código de 1928.** A juzgar por los términos del artículo 2051 de este código, la voluntad del acreedor debe recaer sobre la sustitución del antiguo deudor por el nuevo, concordando su voluntad ya con el deudor que asume la deuda (primer procedimiento de los indicados) ya con la de éste y con la del antiguo deudor (segundo procedimiento) .

El consentimiento del acreedor puede ser expreso o tácito.

“Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo” [art. 2052 del código de 1928] . Desde luego hay que notar que para que exista la presunción que establece el precepto que acabamos de transcribir se requiere que haya un sustituto. Teniendo en cuenta esta observación y lo que hemos expuesto en los números anteriores, a mi modo de ver el mencionado artículo 2052 se refiere a las dos situaciones siguientes:

I. Una persona (sustituto) con el propósito de obligarse en lugar del deudor y habiendo manifestado su propósito al acreedor de manera que éste pueda conocerlo ejecuta alguno de los actos a que se refiere el citado artículo 2052. Si el acreedor lo permite, esto se considerará como aceptación de la oferta de aquella persona y habrá asunción o cesión de deuda, es decir, habrá cambiado el deudor en la obligación subsistiendo ésta.

II. Entre el antiguo deudor y el nuevo se ha convenido en que el segundo sea sustituto del primero y sabiéndolo el acreedor permite que el sustituto ejecute alguno de los actos mencionados en el repetido artículo 2052. Esto se considerará como signo de su consentimiento y habrá cesión de deuda, es decir, el nuevo deudor substituirá al antiguo, conservándose la obligación misma. “Cuando el deudor y el que pretenda substituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la sustitución, pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa” [art. 2054 del código de 1928] . Este precepto está de acuerdo con el principio jurídico de que el silencio no debe considerarse como manifestación de consentimiento.

Cuando el acreedor rehúsa su consentimiento (tácita o expresamente) para la sustitución de deudor no habrá cesión de deuda ya que en ésta el cambio de deudor es un elemento esencial.

**Derechos accesorios.** “El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo” [artículo 2055 del código de 1928]. En consecuencia, queda obligado a pagar no sólo los intereses que se causen a partir de la cesión de la deuda, sino los intereses vencidos, la indemnización por daños y perjuicios debida por una culpa contractual cometida por el deudor y la pena convencional en que hubiere incurrido el primitivo deudor antes de la cesión de la deuda. Al consentir el deudor en la cesión de deuda entiende generalmente que no tiene ya negocio alguno con su antiguo deudor.

Como, según hemos repetido, al cederse la deuda, aunque cambia el deudor, el crédito continúa existiendo, también subsisten los derechos de prenda e hipoteca constituidos por el deudor primitivo para garantizar la deuda.

“Pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la sustitución del deudor”

La cesación de las garantías se funda en que si el nuevo deudor es menos solvente que el antiguo, la cesión de deuda agravará la posición del fiador o del constituyente de la prenda o de la hipoteca. Por consiguiente, no cesarán las garantías si el tercero consiente en que continúen.

***Insolvencia del nuevo deudor.*** “El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario”. Este artículo concuerda con el 1610 del código anterior y éste a su vez con el artículo 805 del código portugués. Comentando este precepto, Alves Moreira se expresa así: “El legislador no distingue, por lo que respecta a la insolvencia del deudor, que el acreedor acepta en vez del antiguo, la insolvencia anterior a la novación de la posterior, al contrario de lo que hacen algunos códigos extranjeros, que, partiendo del principio de que el acreedor no aceptaría la substitución del primitivo deudor por otro que en el tiempo en que ella se realiza, fuese insolvente, hacen en este caso al primer deudor responsable del cumplimiento de la deuda, pudiendo el acreedor ejercitar la acción de retrocesión en contra de él. Es necesario, sin embargo, aplicar a la hipótesis de que se trata los principios generales de Derecho, en virtud de los cuales el acreedor podrá anular el contrato de novación, si, conociendo el deudor originario la situación económica del deudor que presentó en substitución de él, hubiese procedido para con el acreedor con dolo o mala fe. Cuando se estipule que el antiguo deudor quedará responsable en el caso de insolvencia del nuevo deudor, esa cláusula podría entenderse como siendo una condición que, verificándose, haría revivir la antigua obligación, quedando la novación subordinada a la solvencia del nuevo deudor. En el artículo 805 declárase, sin embargo, que, en este caso el acreedor tendrá el derecho de repetición contra el antiguo deudor, y por esta palabra se nos figura que se quiso significar que el acreedor puede proceder contra él por una acción que se funda en la garantía que el antiguo deudor asume en relación con la nueva obligación. La anterior obligación no renace, por tanto, con sus accesorios, al contrario de lo que sucedería si se considerase la cláusula de responsabilidad como envolviendo una condición”, Cunha Goncalves participa de la opinión de Alves Moreira en estos términos:

“Estipulándose que el antiguo deudor quedará responsable en el caso de que el delegado se hallase insolvente, podrá este convenio constituir una condición resolutoria, y, en este caso, la antigua obligación renacerá con todos sus accesorios. Pero el artículo 805, en la frase no tendrá derecho de repetición contra aquél, parece considerar al deudor como simple garante de la solvencia del delegado, como el cedente puede serlo del cesionario; y por eso, por regla general, no renacerá la deuda antigua con sus accesorios como en la novación condicional.

En mi opinión los comentarios de Alves Moreira y Cunha Goncalves son aplicables al artículo 2053 de nuestro código vigente substituyendo, por supuesto, el concepto de novación por el de cesión de deuda.

**Forma.** Ninguna forma impone el código de 1928 para la validez de la cesión de deuda y por lo mismo hay que considerar a este contrato como consensual.

**Capacidad y representación.** “La asunción de deuda, por su doble efecto, es para el que asume la deuda un acto que lo obliga; para el acreedor un acto de adquisición, en la medida en que este acto le procura un crédito en contra de aquél, y al mismo tiempo, un acto de disposición de su crédito en contra del deudor”. En consecuencia, el sustituto debe tener capacidad para obligarse y su representante facultad de obligarlo; el acreedor debe tener capacidad para disponer de su crédito y su representante facultad para ello.

**Excepciones.** Como el deudor sustituto queda obligado sólo en los términos en que lo estaba el deudor primitivo puede oponer al acreedor las excepciones que se originen de la naturaleza de la deuda. Comentando Tuhr la primera parte del artículo 179 del código de las obligaciones dice que “Por la palabra excepciones, la terminología del Código de las Obligaciones designa tanto las objeciones cuanto las excepciones en el sentido técnico de este término. El que asume la deuda puede, pues, aducir todos los hechos que permitan establecer que ninguna obligación ha nacido cargo del deudor o que la obligación ya estaba extinguida en el momento de la asunción. Tiene así el derecho de hacer valer que el contrato celebrado por el deudor es nulo por causa de incapacidad, de vicio de forma o de ataque a las buenas costumbres, o que, a consecuencia de un vicio de voluntad no ligaba al deudor. El que asume la deuda puede también objetar que estaba ya extinguida en el momento de la asunción por efecto de su ejecución...o por cualquiera otra causa. Pero el que asume la deuda puede igualmente oponer las excepciones propiamente dichas que pertenecían al deudor en el momento de la asunción de la deuda, por ejemplo...la excepción *non adimpleti contractus*...el derecho del deudor de resolver la venta o de exigir la reducción del precio...De la misma manera el deudor sustituto tiene el derecho de invocar la prescripción ya cumplida en el momento de la asunción; sin embargo, si el sustituto sabía en este momento que la deuda estaba prescrita, la asunción implicaría renuncia a la prescripción”.

El deudor sustituto puede oponer al acreedor las excepciones que le sean personales. [art. 2056 del código de 1928].

El deudor sustituto no puede oponer al acreedor las excepciones que sean personales del deudor primitivo. A este respecto dice Tuhr: “Es preciso entender por ello las excepciones que no están adheridas a la deuda asumida, sino a las otras relaciones y circunstancias personales del deudor...Entre las excepciones personales del deudor y de las cuales el que asume la deuda no podría prevalerse hay que mencionar la compensación.”

“El que asume la deuda no podría oponer al acreedor las excepciones que resultan de la relación jurídica que existe entre el que asume la deuda y el antiguo deudor, y de la cual proviene la asunción de deuda...Esta relación es extraña al contrato de asunción de deuda: constituye solamente el motivo que ha determinado al que asume la deuda a celebrar este contrato con el acreedor. Si el que asume la deuda ha prometido asumirla en cambio de una contraprestación del

deudor, no tiene pues el derecho, en caso de inejecución de esta contraprestación de oponer al acreedor la excepción *non adimpleti contractus*. Asimismo, si ha asumido la deuda porque se creía obligado hacia el deudor, no puede prevalerse de su error en contra del acreedor...”

**Nulidad.** “Cuando se declara nula la sustitución de deudor, la antigua deuda renace con todos sus accesorios; pero con la reserva de derechos que pertenecen a terceros de buena fe” [art. 2057 del código de 1928].

En vista de las explicaciones que hemos dado anteriormente debemos entender que cuando dice el artículo que acabamos de copiar que la antigua deuda renace, no quiere significar que una antigua deuda ha sido sustituida por una nueva, pues esto es lo que caracteriza a la novación, sino simplemente que renace la relación jurídica que antes había entre el acreedor y el antiguo deudor.

**La novación y la cesión de deuda.** Antes, según el artículo 160 del código de 1884 cuando un nuevo deudor sustituía al antiguo, que quedaba exonerado, había novación, es decir, una obligación nueva reemplazaba a la antigua. Dicho artículo ha sido suprimido en el código de 1928. La supresión se debe a que este código, a semejanza del código civil alemán y del código suizo de las obligaciones, ha adoptado la cesión de deuda con la tendencia de que desempeñe el papel que antes correspondió a la novación por cambio de deudor.

Los artículos 2051 y 2052 del código de 1928, a los que antes nos hemos referido en relación con el rubro del capítulo al que pertenecen, rubro que dice: “De la cesión de deudas”, dan a entender que la sustitución de deudor implica cesión de deuda, es decir, que persiste la misma obligación. Así pues, bajo el imperio del código de 1928 la regla general es que cuando los contratantes quieren que el deudor en una obligación sea sustituido por otro, sólo pretenden modificar esa obligación sin perjuicio de su identidad. Pero a pesar de que nuestro código de 1928 no ha reconocido expresamente la novación por cambio de deudor, los contratantes, al amparo del principio de la libertad en los contratos, pueden efectuar una novación de esta especie, es decir, pueden hacer que el cambio de deudor implique el nacimiento de una nueva obligación que sustituya a la antigua si así lo quieren. En este caso los contratantes deben manifestar su voluntad de una manera clara para que no se suponga que han querido efectuar una cesión de deuda.

**Estipulación a favor de tercero y cesión de deuda.** Refiriéndonos a lo expuesto en este libro, números 550, 551, 552 y 558, ahora agregamos lo que sigue. Si el estipulante (al que llamaremos D) es deudor del tercero (al que llamaremos A) y celebra un contrato con el promitente (al que llamaremos C), contrato en el que éste conviene en pagar al tercero (A) lo que le debe el estipulante (D) , entonces, sin perjuicio de la subsistencia de la antigua obligación del estipulante (D) a favor del tercero (A), habrá nacido una obligación nueva del promitente (C) para con el tercero (A) que tendrá el mismo objeto que la antigua. El tercero (A) podrá exigir el cumplimiento de la nueva obligación al promitente (C) [artículo 1869 del código de 1928] . Para que lo convenido entre el estipulante (D) y el promitente (C) pueda considerarse como cesión de deuda será necesario que

manifiesten claramente su voluntad de que el promitente (C) sustituya como deudor al estipulante (D), quedando éste exonerado y será necesario, además, que consienta el acreedor (A) en la sustitución del deudor, es decir, en que el promitente (C) sustituya al estipulante (D) [art.2051 del código de 1928]. Además, en este caso no habrá obligación nueva alguna.