

LA CESIÓN DE CONTRATO EN EL DERECHO VENEZOLANO

por

ÁNGEL CRISTOBAL-MONTES

Profesor de Derecho Civil y Derecho Romano
de la Universidad Central de Venezuela.

SUMARIO: 1. Presupuestos. — 2. La cesión de contrato. Necesidad y posibilidad de la figura. — 3. Estructura jurídica de la cesión de contrato. Consentimiento, objeto y causa. — 4. Cesión de contrato y figuras afines: A) Cesión de contrato y cesión de crédito. B) Cesión de contrato y asunción de deuda. C) Cesión de contrato y doble negocio de cesión de crédito y asunción de deuda. D) Cesión de contrato y novación subjetiva. E) Cesión de contrato y accesión en el contrato. F) Cesión de contrato y subcontrato. G) Cesión de contrato y contrato por persona a nombrar. H) Cesión de contrato y contrato a favor de tercero.

1. PRESUPUESTOS

Según la primitiva concepción romana la obligación era un vínculo estrictamente personal, inseparable, por ende, de la persona del acreedor y del deudor. Es por ello que el Derecho romano no admitía que el acreedor pudiese disponer de su derecho a favor de otra persona, como acontecía con los derechos patrimoniales en general, a no ser que la transmisión tuviese lugar por obra de la sucesión universal, supuesto este último en el que al considerarse la personalidad del sucesor fundida o identificada con la del causante (*nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et qui in eum transmittit hereditatem*),¹ no tenía lugar propiamente una verdadera modificación subjetiva de la relación.²

Cuando las nuevas necesidades impusieron la negociabilidad de los créditos, hubo de acudirse a procedimientos que, sin derogar el principio de su intransmisibilidad a título particular, permitiesen conseguir un resultado económico similar al de la transmisión. En síntesis, tales medios fueron la novación subjetiva activa (que requiere la voluntad de colaborar del deudor) y el *mandatum* o

¹ Novela 48 de Justiniano.

² Cf. nuestro *Curso de Derecho Romano. Derecho de Obligaciones*, Caracas, 1964, pp. 733 y ss.

procuratio in rem suam, figura esta última que, en un momento ulterior, si bien no llega a otorgar al *procurator* la condición de acreedor, si le concede, al menos, un derecho a actuar por él, es decir, le hace adquirir un derecho independiente a ejercitar el crédito ajeno, con lo que a los efectos económico-prácticos nos hallamos en una esfera muy cercana a la de la genuina cesión de crédito.

El Derecho alemán eliminó el artificio que suponía reconocer al cesionario un derecho independiente al ejercicio del crédito correspondiendo al cedente la titularidad del mismo, por ser extraña al sentimiento jurídico alemán la idea de la inseparabilidad del crédito a la persona. Primeramente, la transmisión de los créditos precisó de la aceptación del deudor; con posterioridad, se admite plenamente la cesión del crédito mismo con absoluta independencia del asentimiento del *debitor cessus*.³

En la actualidad el crédito se considera un valor patrimonial ya existente susceptible de constituir objeto de tráfico jurídico. El derecho del acreedor a la prestación (derecho de crédito) entraña, como todo derecho patrimonial, el poder de disposición del mismo a favor de su titular, en cuya virtud éste puede disponer libremente del crédito tal como de cualquier otro derecho valuable pecuniariamente (cesión, usufructo, prenda de créditos). Hoy, como escribe Karl LARENZ, "el crédito no es sólo relación de prestaciones (en la correspondencia acreedor-deudor), sino también objeto patrimonial y en principio susceptible de disposición, que, como tal, está expuesto a las acciones judiciales de los acreedores del titular del crédito".⁴ Consecuentemente, la generalidad de los modernos Códigos civiles admiten y regulan con amplio criterio la sucesión singular en los créditos, prescindiendo del consentimiento y aun del conocimiento del deudor.

El Derecho romano, igual que sucedía con los créditos, consideraba incompatible con la sustancia de la obligación la asunción de las deudas por acto *inter vivos*; por tanto, para cambiar la persona del deudor hacía falta generar una nueva obligación mediante una novación subjetiva pasiva en sus variantes de *delegatio* o *expromissio*. El Derecho germánico atisbó y admitió parcialmente la asunción de deuda con la aprobación del acreedor, si bien la figura resultó casi arrinconada al imponerse la recepción de las construcciones jurídicas romanas.

Desde mediados del siglo pasado, un poderoso sector doctrinal alemán se pronuncia en pro de la igualdad jurídica esen-

³ ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1939, pp. 374 y ss.; VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pp. 285 y ss.

⁴ LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, p. 445.

cial entre la cesión de crédito y la asunción de deuda y, en consecuencia, al admitirse la primera debe también reconocerse la segunda. Se defiende la posibilidad de la sucesión a título particular en la deuda por acto *inter vivos*, colocándose el nuevo deudor en el lugar del antiguo y permaneciendo idéntica en lo demás la obligación; claro está que, por la importancia que dentro de la relación obligacional tienen las cualidades personales y patrimoniales del deudor, se comprende con facilidad que mientras la cesión de crédito puede operar sin la cooperación del deudor, la asunción de deuda, contrariamente, no puede funcionar sin el asentimiento del acreedor al cambio de la persona del deudor.

De acuerdo a semejante orientación, algunos Códigos civiles han recogido expresamente la figura de la asunción no novatoria de deuda; tal es lo que sucede con el alemán, el suizo de las obligaciones, el italiano (si bien con algún prejuicio y timidez) el mexicano, etc.

En nuestro ordenamiento civil no hay admisión expresa de la asunción de deuda a título particular; por tanto, en principio, el cambio del sujeto pasivo en una obligación acarrearía la destrucción del vínculo primitivo y su reemplazo por otro nuevo a través del mecanismo extintivo de la novación. Ahora bien, ¿hay inconvenientes reales para acoger el juego de la sucesión en la deuda?

Creemos haber demostrado en otro lugar⁵ que no los hay; por lo que nos consideramos dispensados de mayores argumentaciones. Únicamente queremos resaltar que la doctrina avanzada de los diversos países que tropiezan con una situación legal similar a la nuestra se pronuncia, cada vez en forma más decidida y firme, en pro de la admisión de la figura, cuyas ventajas son patentes, cuya actuación, en la forma que se ha señalado, no atenta contra los intereses del acreedor ni es susceptible de procurar perjuicios, y cuya construcción dogmática no violenta ningún principio jurídico inderogable por los particulares.

Como ha señalado GONZALEZ PALOMINO, la sucesión en la deuda a título singular no es un concepto que deba necesariamente ir unido al de novación;⁶ por el hecho de que los Códigos contemplen la transmisión pasiva de las obligaciones tan sólo a través del recurso de la novación no puede ni debe concluirse que la sucesión jurídico-negocial en la deuda sea ilícita o imposible. La regulación legal de la novación no es en modo alguno incom-

⁵ Cf. nuestro trabajo *La venta de herencia* (en prensa).

⁶ GONZALEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Pamplona, 1964, p. 205.

patible con la asunción paccionada de deuda; sus previsiones si, ciertamente, no proporcionan gran ayuda ni estímulo no deben, empero, vincular al jurista "fuera del caso comprendido en la hipótesis legal".⁷

La sustitución de la persona del deudor en la misma relación jurídica, con aprobación del acreedor, es una construcción que está adornada de palpables ventajas teóricas y, sobre todo, prácticas (como medio simplificador y agilizador de los pagos) y que puede tener cómodo desenvolvimiento a través del principio de la autonomía de la voluntad que impronta todo el Derecho de obligaciones. La licitud de un pacto por el que se convenga que un nuevo deudor toma como suya la deuda del anterior obligado es a todas luces manifiesta, a menos que se quiera dotar a los preceptos que regulan la novación de carácter imperativo, excluyente del negocio de asunción de deuda, cosa para la que no hay apoyo de clase alguna.⁸

Como ya hace bastantes años señalara UNGER a propósito del Código austriaco, la carencia de una regulación legal de la asunción de deuda a título particular no debe suponer un obstáculo para que la teoría y la práctica llenen una laguna y para reconocer en principio y organizar prácticamente *praeter legem* una institución que responde en la mayoría de los casos a la intención de las partes y satisface una necesidad real. No se olvide, finalmente, que la admisión por algunos Códigos de la asunción liberatoria de deuda en general ha sido precedida y propiciada por una valiente postura de la doctrina que, sin asidero legal y contra una tradición romanista entorpecedora, defendió la conveniencia, posibilidad y licitud de la figura. "La creación de la institución de que tratamos — nos dice en tal sentido GONZALEZ PALOMINO — ha surgido *fuera de la ley* en Alemania, como en todas partes, y el Código civil alemán no ha hecho más que reconocer un hecho que ya venía siendo tutelado y desenvuelto por tanteos y por expedientes indirectos".⁹

Si tal es el panorama que nos presentan la legislación y la doctrina más progresistas y no existiendo en la actualidad, como realmente no lo hay, obstáculo legal o dogmático alguno para la admisión de la sucesión en la deuda a título singular, no vemos cuál puede ser la razón para negarse en forma obstinada, como todavía lo hacen algunos, a dar beligerancia a una figura que a nadie daña, que nada entorpece y que tan sólo resultados fa-

⁷ DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, p. 269.

⁸ COSSIO, *La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, Madrid, 1945, p. 195.

⁹ GONZALEZ PALOMINO, *loc.cit.*, p. 205.

vorables procura. Subsista en buena hora la novación subjetiva pasiva, pero a su lado, y en función de un objetivo y una problemática distintos, debe jugar en forma amplia la asunción de deuda cuando en una obligación se quiera cambiar la persona del deudor sin que ello acarree inexorablemente, con su secuela inútil de complicaciones y dilaciones, la extinción del vínculo y su reemplazo por otro de nueva factura.

La adscripción de la relación obligatoria a sus sujetos, propia del Derecho romano, construcción, como la califica ENNECCERUS, eminentemente artificiosa y sólo explicable por la evolución histórica y por las necesidades lógicas de la jurisprudencia romana, tuvo razón de ser y su intrínseca justificación en otras etapas jurídicas; pero pretender mantenerla hoy pugna contra la dogmática moderna y contra la realidad de las cosas. La misión del jurista no es entorpecer el libre movimiento de las operaciones negociales ni pretender, en aras de una ortodoxia vacía y estéril, que la actividad de los particulares debe discurrir *per seculam seculorum* a través de unos cauces, todo lo añejos y respetables que se quiera, patentemente angostos para las nuevas avenidas, sino, por el contrario, multiplicar las posibilidades de actuación, flexibilizar hasta el máximo las ataduras del tráfico jurídico y brindar a la vida de los negocios jurídicos nuevas formas de actuación que, sin desatender la tuición de los legítimos intereses, les permitan desarrollarse con fluidez, agilidad y riqueza interna. El Derecho es para la vida, no la vida para el Derecho.

El vínculo obligacional, ya se contemple activa o pasivamente, es una entidad económica susceptible de contratación. La esencialidad de la existencia de los sujetos, como en toda relación jurídica, no implica en forma indefectible la necesidad de que los mismos permanezcan inalterados. De la misma manera que se dan las modificaciones objetivas, caben las modificaciones subjetivas de la relación; al lado de la subrogación real tiene plena vivencia la subrogación personal. Pero hay más, sostener que la obligación puede subsistir idéntica aun sustituido su sujeto activo (cesión de crédito) y pretender que tal subsistencia no se da cuando se cambia el sujeto pasivo (asunción de deuda), cuando el acreedor acepte el cambio, es sencillamente una contradicción *in terminis* y un tratamiento desigual de lo que en sustancia es igual. Transmisión de crédito y transmisión de deuda son fenómenos jurídicos paralelos; se puede admitir o rechazar ambos, lo que no está justificado es admitir uno y rechazar el otro.

Claro está, y ya lo hemos señalado reiteradamente, que el acreedor tiene un poder de disposición sobre su crédito, poder

que en forma obvia no puede corresponder al deudor, que es un vinculado, una persona "atada" por lazos puestos en manos de otra persona; por ello, el acreedor puede enajenar libremente su derecho sin la participación del deudor, mientras que éste no puede retirarse o apartarse por sí de la sujeción jurídica en que se encuentra so pena de consagrar un inadmisibles acto de disposición del derecho de otro. Aparte de que existe otra estimable razón jurídico-práctica consistente en que mientras al deudor le es indiferente, en línea de principio, cumplir la prestación a favor de uno u otro acreedor, al acreedor de ningún modo le puede ser intrascendente tener que dirigir su reclamo contra uno u otro deudor en atención a que aquí entra en juego la distinta garantía personal, solvencia y responsabilidad patrimonial que las personas están en condiciones de generar y brindar.

Pero semejantes disimilitudes son meramente operacionales, matizan de una u otra manera el mecanismo de actuación de la sucesión en el crédito y de la sucesión en la deuda, pero no conforman dichos fenómenos como pertenecientes a categorías jurídicas intrínsecamente diferentes. El foso se salva en forma simple exigiendo para la plena eficacia de la asunción de deuda la voluntad del acreedor de aceptar al nuevo deudor y de liberar, por ende, al antiguo, cosa que hacen los ordenamientos que expresamente han acogido el instituto.

Ya hace tiempo que WINDSCHEID escribiera las siguientes significativas palabras: "Establecida la relación obligatoria, el acreedor tiene derecho a conservar el deudor con el que ha contraído. Si éste pone en su lugar otra persona, atenta al derecho del acreedor y el acto por esto mismo es un acto de disposición del derecho de otro. Está en la misma situación que el que vende la cosa de otro, o, para no salir del campo de los derechos personales, en la del vendedor de un crédito ajeno. Estos actos de disposición del derecho de otro pueden ser validados retroactivamente por la adhesión o ratificación del titular del derecho, de aquí que el acto de transmisión pueda también ser convalidado con efectos retroactivos por la adhesión ulterior del acreedor".¹⁰

Concluyendo pues, en este trabajo, en cuanto no contraría precepto alguno de *ius cogens* y en cuanto dogmática y prácticamente todo coadyuva a su admisión, vamos a dar por operante en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la asunción de deuda a título singular, por más que la misma carezca de expresa sanción legal.

¹⁰ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. de Fadda y Bensa, II, Turín, 1930, p. 308.

2. LA CESION DE CONTRATO.

NECESIDAD Y POSIBILIDAD DE LA FIGURA

De la misma forma que, como se vio, la doctrina moderna considera el crédito, desde el punto de vista económico, como un valor patrimonial actual, apto para constituir objeto de tráfico jurídico, en cuanto se enrumba a obtener una prestación dotada de valor patrimonial, así también se suele estimar en la actualidad que el contrato, en cuanto contiene la perspectiva de procurar en el futuro una utilidad patrimonialmente relevante, debe catalogarse como valor económico actual, idóneo para ser objeto de tráfico jurídico, hasta el punto de que por algunos, con cierta exageración, equiparando contrato y bien comerciable, se ha hablado de venta del contrato.¹¹

Como casi siempre sucede la cesión de contrato obtuvo su consagración espontánea en la práctica mercantil antes de ser objeto de tratamiento teórico y de merecer la atención expresa del legislador. En efecto, la figura ha tenido amplia difusión y empleo en el ámbito del comercio de importación y exportación de géneros y mercancías, siendo frecuentes, como resalta ANDREOLI, los casos de adquirentes de grandes cargamentos de ultramar que, con el fin de especular, o por liberarse de las responsabilidades inherentes a su adquisición, transferían a otra persona el contrato, en los mismos términos y condiciones en que lo habían estipulado.¹²

Y es que evidentemente no puede ignorarse que existe una verdadera necesidad práctica en admitir que una de las partes originarias de un contrato pueda sustituir en su lugar, íntegramente, otra persona que venga a asumir la condición de parte contratante a través de un único negocio de cesión, sin necesidad de tener que recurrir a tantos actos singulares de transmisión como elementos activos y pasivos (derechos y obligaciones) derivan del contrato.

Piénsese por un momento en la enajenación del establecimiento o hacienda mercantil cuando se quiere que el adquirente subentre en los contratos vigentes de arrendamiento de inmuebles y en los de trabajo con el personal al servicio de la empresa; en los contratos de suministro, en los de obra, opción y tantos otros. En el contrato de compra-venta, por ejemplo, la admisión de la cesión procura un estimable ahorro de gastos, diligencias, desplazamientos materiales, molestias y tiempo al evitar tener que recurrir a una serie de contratos sobre el mismo objeto en el caso

¹¹ Así: MOSSA, *Vendita di contratto*, en *Rivista di diritto commerciale*, II, 1928.

¹² ANDREOLI, *La cesión del contrato*, Madrid, 1956, p. 1, n. 1.

de los intermediarios o revendedores; en efecto, el intermediario en lugar de comprar y recibir la mercancía para luego venderla y entregarla al subsiguiente adquirente, ve facilitada su actuación al permitírsele ceder el originario contrato de compraventa concluido, esto es, colocar a otra persona (el posterior adquirente) en su condición de parte contractual o transferir la relación contractual como un todo (complejo unitario, por razón de su origen, de derechos y obligaciones).

La cesión de contrato sirve, pues, para el logro de lo que modernamente se ha dado en denominar circulación del contrato en su integridad o como unidad orgánica, simple faceta o aspecto de un fenómeno mucho más amplio que extiende su hábito a lo largo y ancho de la vida jurídica de nuestros días: la circulación o movilización de la riqueza o el favor del tráfico (movilización de la propiedad, del dinero, de los valores, del contrato, etc.). Ahora bien, no siempre la circulación del contrato supone la movilidad del negocio contractual, sino que, por el contrario, en algunos casos la misma cumple una encomiable y necesaria función de permanencia e intangibilidad de las relaciones contractuales ya constituidas. En tales casos, la cesión de contrato coadyuva eficazmente a tal fin al permitir que un extraño sustituya en bloque y *uno ictu* al contratante originario sin solución de continuidad y sin fraccionamientos onerosos, demoradores y peligrosos; es lo que sucede, por ejemplo, en la fusión de empresas de seguros o en la cesión de cartera, en la enajenación de empresa en relación a los contratos de trabajo del personal que en ella labora, en el traspaso de empresas que desarrollan su actividad mediante contratos de suministro (electricidad, gas, servicios). En dichos casos, hace notar GARCIA-AMIGO, existe una evidente necesidad económico-social de permanencia de las relaciones contractuales controladas por los titulares que enajenan; por ello, aunque algunas veces ya la propia ley se encarga de ordenar la sucesión imperativa del adquirente en la posición del contratante originario,¹³ siempre es posible pactar negocialmente estas cesiones.¹⁴

Pese a la notoria utilidad práctica, como se acaba de ver, que es susceptible de procurar el mecanismo de la transferencia a otro de la posición contractual que corresponda en un determinado

¹³ Dispone, en tal sentido, el artículo 25 de la Ley del Trabajo venezolana: "La sustitución de patronos no afectará los contratos existentes. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la Ley, nacidas antes de la fecha de su sustitución, hasta por el término de seis meses, y concluido este plazo, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrono".

¹⁴ GARCIA-AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964, p. 14.

contrato, la doctrina científica, salvo raras excepciones, contempló adversamente la figura, unas veces en base a la superada postura de considerar las deudas intransmisibles a título singular y otras en razón de estimar que no dándose en el contrato otra cosa que créditos y deudas y habiendo arbitrado el ordenamiento jurídico medios específicos para la cesión y la asunción de unos y otras, no hacía falta introducir un nuevo instrumento o negocio para la sucesión en la relación obligatoria como un todo.

Sólo en años recientes se ha producida, casi súbitamente, una verdadera "explosión" a favor de la cesión del contrato, multiplicándose los estudios en torno a la misma¹⁵ y generándose un consenso casi general en la doctrina en pro de su admisión. A esta preocupación por el tema ha coadyuvado en forma muy eficaz el hecho de que en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Londres en 1950 uno de los puntos a debatirse fuese precisamente la cesión de contratos, en el que tuvieron relevante participación los profesores Lehmann (Alemania) y Galvao Telles (Portugal).

En su faceta legal la consagración de la sucesión en el contrato a título particular y por acto *inter vivos* no ha sido, y todavía no lo es, muy promisoria. Los Códigos civiles, sistemáticamente, han desconocido la cesión del contrato en forma general y unitaria, limitándose tan sólo a recoger alguna manifestación concreta de la figura. Así, por ejemplo, el Código civil alemán contempla dos casos de sucesión legal en el contrato: la enajenación de un inmueble sometido a arrendamiento de uso (parágrafo 571) y la cesión de un crédito pignoraticio (parágrafo 1.251); los Códigos civiles de Francia, Italia (1865) y Venezuela acogieron en los artículos 1.717, 1.573 y 1.583, respectivamente, la cesión del contrato de arrendamiento, etc. Bien es verdad, sin embargo, que recientemente en numerosas Leyes o Proyectos de Ley los supuestos de cesión de contrato se han multiplicado en forma particularmente reveladora y sintomática.

Así, en Francia, la ley de 30 de julio de 1926 (modificada por la de 18 de abril de 1946) amplió sensiblemente la posibilidad de cesión del contrato de arrendamiento, prevista en el Código, en relación a los locales comerciales (aunque, con posterioridad, la ley de 30 de agosto de 1960 ha significado un nuevo retroceso); la ley de Seguros de 13 de agosto de 1930 permite la transmisión de la póliza, y el Código de Trabajo establece (art. 23) que en caso de enajenación de la empresa subsisten todas las relaciones contractuales de trabajo existentes al momento del cambio

¹⁵ Basta consultar en tal sentido la nutrida lista de monografías y trabajos que recoge GARCIA-AMIGO en su obra recién citada, pp. 128-129, n. 19.

de empresario entre el nuevo y todos los trabajadores. En Alemania, de acuerdo al parágrafo 30 de la Ley de Protección al Arrendatario, cuando el arrendatario de una vivienda quiera cambiarla con otro arrendatario se precisa de la autorización de la Oficina de Unificación de Inquilinato, organismo que puede, incluso, sustituir, a solicitud del inquilino, el consentimiento del arrendador, necesario para el ingreso de un tercero en el contrato de arrendamiento; de lo que resulta que está admitida la transferencia de la relación contractual arrendaticia por acuerdo entre el antiguo y nuevo arrendatario y asentimiento del arrendador. En España, el Código civil no prevé la cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, pero la ley de Arrendamientos Urbanos ha permitido la cesión trilateral (participación del arrendador, del antiguo y del nuevo arrendatario) de la relación contractual de arrendamiento de viviendas, la cesión bilateral (participación tan sólo del arrendatario predecesor y del arrendatario sucesor) del contrato de arrendamiento de viviendas cuando el nuevo inquilino, en determinantes condiciones, esté ligado al anterior por ciertas relaciones de parentesco, la cesión bilateral del contrato de arrendamiento de locales de negocio en el caso de su traspaso, y la cesión trilateral del contrato de arrendamiento de locales de negocio cuando, por la intervención del arrendador, la cesión de la relación contractual no pueda considerarse traspaso; igualmente, de acuerdo al Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, es posible la cesión por el arrendatario del contrato de arrendamiento rústico con consentimiento del arrendador; la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1954 permite la cesión de cartera, figura que implica la cesión o transmisión de los contratos de seguros vigentes de la sociedad cedente a la cesionaria. En Venezuela, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1965 admite ceder la cartera relativa a uno o más ramos de seguros, si bien con la previa autorización de la Superintendencia de Seguros, lo que supondrá la sucesión en las relaciones contractuales de seguro en curso, en la misma posición del cedente, por parte del cesionario; de acuerdo a los artículos 156 y 734 del Código de comercio la carta de porte, en el contrato de transporte por tierra, lagos, canales y ríos navegables, y el conocimiento de embarque, en el contrato de transporte marítimo, pueden ser nominativos, a la orden o al portador, pues bien, en cuanto a tenor del artículo 161 del mismo Código "el endoso o la entrega del ejemplar firmado por el portador transfiere el derecho de disponer de los objetos transportados", parece puede concluirse que el endoso o la entrega de la carta de porte o conocimiento de embarque a la orden o al portador, respectivamente, provoca la cesión del contrato de transporte, en razón de que la transmisión de los señalados documentos, en que se materializa la relación contrac-

tual, da lugar a la transferencia de los derechos y obligaciones emanados de la misma; de igual forma, en virtud de que la póliza de seguro puede ser nominativa, a la orden o al portador (art. 549 C. Com.), el endoso de la póliza a la orden o la entrega de la póliza al portador podrá dar lugar a la transmisión de la posición de asegurado o cesión del contrato de seguro; en el Anteproyecto de Ley sobre los Contratos de Seguro y Reaseguro están previstos diversos casos de transmisión o subrogación legal en relaciones contractuales, así: en el seguro contra daños, si el objeto del seguro cambia de propietario los derechos y las obligaciones derivados del contrato de seguro pasan al adquirente (art. 42); si el estipulante del seguro quiebra, la masa le sucederá en el contrato (art. 43); y en el seguro de personas, declarada en quiebra, hecha la cesión de bienes del estipulante o resultando infructuosa la ejecución de dichos bienes el cónyuge o descendientes del estipulante, beneficiarios de un seguro de vida, sustituirán a éste en el contrato, a menos que rehusen expresamente esta sustitución (art. 73). Y en el mismo sentido podríamos continuar todavía, ya que expurgando con cuidado en textos legales recientes de numerosos países puede descubrirse una amplia gama de casos en que es posible la cesión del contrato a voluntad de los interesados o en que *ope legis* se realiza la sucesión en el contrato (cesión impropia), pues, como ya hemos resaltado con anterioridad, existe una verdadera necesidad económico-social de la figura.

Pues bien, todas estas admisiones parciales, todos esos reconocimientos limitados ora de la cesión negocial del contrato (cesión propia) ora de la sucesión o transmisión por virtud de la ley en la relación contractual (cesión impropia) han sido superados admirablemente por la normativa del nuevo Código civil italiano, el cual, en forma valiente y modélica, nos muestra el camino que, en un futuro más o menos cercano, han de seguir las legislaciones civiles de los demás países y nos brinda un modelo digno de imitarse o, al menos, de ser tenido cuidadosamente en cuenta.

En efecto, el Código italiano de 1942 ha superado con decisión injustificados prejuicios en que se habían atrincherado ciertos sectores doctrinales, ha derribado implacable "ídolos" y "fetiches" jurídicos que eran objeto de inconsciente, cómoda y aun cómplice adoración y nos ha dado una ejemplar lección de realismo, seriedad y rigor dogmático. "El nuevo sistema —escribe ANDREOLI— se ha mostrado particularmente sensible a las necesidades que emergen de la vida jurídica y a las presiones de la práctica mercantil que, entre otras cosas..., para superar de algún modo una laguna legislativa cada vez más sentida, había escogido, especialmente en el comercio de los cereales, la creación de los llamados *stabiliti* (títulos a la orden unidos al contrato de com-

pravena, 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 y endosos, y con tal que dicho poseedor realice la contraprestación correspondiente, es decir, pague el precio de la mercancía)".¹⁶ Ante las admisiones a medias, ante reconocer la necesidad y conveniencia del nuevo negocio, pero, no obstante, darle entrada tan sólo subrepticamente, ante el imperativo de que el jurista debe adaptar los medios jurídicos a los fines prácticos más que al rigor lógico de las construcciones abstractas (IHERING), el *Codice civile* ha recogido en forma amplia, abierta y general la posibilidad de que el contrato sea transferido en su totalidad (activo y pasivo) por uno de los originarios contratantes a un tercero extraño que viene a ocupar su posición contractual.

El Código italiano ha regulado en forma general la cesión de contrato a título particular y por acto *inter vivos*, esto es, ha consagrado dicha figura jurídica como aplicable, en principio, a todos los contratos en general (aunque en la práctica la cesión de contrato opere muy preferentemente en relación a unos pocos supuestos: venta, arrendamiento y contrato de obra por empresa), sin perjuicio de que se haya preocupado también de regular por normas singulares algunos casos concretos de cesión que por sus peculiaridades lo ameritan, así: la cesión del contrato de compraventa, la del de arrendamiento por el arrendatario, la del de enfiteusis, la del de seguro, la del de consorcio y la del de fletamento y, por fin, la cesión de cartera por una sociedad de seguros, supuesto este último en que, frente a los demás, tiene lugar el traspaso de un conjunto de concretos contratos de seguro y no de un solo contrato.

Pero hay más todavía. El Código italiano declara no susceptibles de cesión algunos contratos, concretamente el de aparcería (art. 2.149) y el de colonato parciario (art. 2.169) en razón de la importancia que en los mismos tienen las características personales del aparcero y del colono; pues bien, destacados autores italianos se han encargado de señalar no sólo que semejante incesibilidad opera *ex uno latere*, o sea, a cargo exclusivamente del aparcero y del colono, pues el concedente puede ceder el contrato enajenando el fundo, sino incluso que la misma tiene siempre alcance relativo, ya que no operará, pues la norma que la sanciona no es de *ius cogens*, cuando la cesión sea consentida por la parte contratante que permanece en la relación contractual. "Que cierto contrato sea incesible —arguye atinadamente MESSINEO— quiere decir solamente que, sin consentimiento del otro, un contratante no puede sustituir a sí mismo por un tercero; pero no que

¹⁶ ANDREOLI, *ob.cit.* pp. 4-5.

exista una razón de orden público (y, por tanto, una norma indelegable) que prohíba la cesión de tal contrato. Por consiguiente, nada impide que, con el asentimiento de la contraparte (cedido), un contrato, aunque incesible por la ley, sea cedido". En su opinión, el legislador al sancionar el principio de la incesibilidad quiso, "más que imponer una verdadera prohibición, ejercitar sobre las partes una especie de sugestión para no efectuar la cesión, en vista de las peculiaridades de la relación de que se trata".¹⁷

Anteriormente hemos señalado que algún sector doctrinal se ha opuesto a dar beligerancia al mecanismo jurídico que se está considerando en base a estimar que el mismo es innecesario y aún redundante por ser posible traspasar el contrato íntegramente, sin necesidad de arbitrar un nuevo recurso, a través de los instrumentos de cesión de créditos y asunción de deudas permitidos, o permisibles, por el ordenamiento jurídico. Como fácilmente puede observarse, semejante consideración tiene su punto de apoyo en la idea de que el contenido total del contrato viene dado por los créditos y deudas que el mismo ha generado.

Hoy tal idea es insostenible y, en consecuencia, se patentiza la necesidad de la conformación independiente de la cesión de contrato como figura netamente diferenciada de la transmisión de créditos y deudas particulares. En efecto, la dogmática moderna (sobre todo la pandectística) ha resaltado que los efectos del contrato no se circunscriben a la producción de créditos y deudas, pues al lado de éstos surgen a favor de las partes contratantes ciertos poderes (intermedios entre los derechos subjetivos y las simples facultades jurídicas) que, careciendo del elemento pretensión, permiten, no obstante, influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante propia actividad unilateral (acto real, negocio jurídico, instancia judicial o recurso administrativo).¹⁸ Son los llamados derechos del poder jurídico, derechos potestativos, derechos de formación o derechos de modificación jurídica (tales como los derechos de impugnación, de rescisión, de resolución, de revocación, *ius eligendi* y *ius variandi* en las obligaciones alternativas, derecho de especificación o determinación, derechos de apropiación, etc.).¹⁹

Por tanto, aunque una de las partes contratantes de un determinado contrato transfiera a un tercero todos los créditos existentes a su favor y haga que por éste se asuman todas las deudas obrantes a su cargo no por ello habrá logrado que el contrato

¹⁷ MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, II, Buenos Aires, 1952, p. 243.

¹⁸ MESSINA, *Diritti potestativi*, en *Nuovo Digesto italiano*, IV, 1938, pp. 872.

¹⁹ Cf. CASTÁN TOBEÑAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963, pp. 39-44.

pase en su totalidad al extraño; es decir, éste no le sustituirá íntegramente en su posición de parte contractual, pues los derechos potestativos fundados e inherentes a dicha posición así como las facultades unidas a la misma continuarán operando todavía entre los contratantes originarios. Tendremos, pues, más que una genuina sucesión en el contrato, la accesión o adhesión de un tercero a un contrato que permanece centrado todavía en los sujetos que inicialmente lo concluyeron.

Se revela, en consecuencia, que los tradicionales y limitados medios de cesión de créditos y la asunción de deudas no son suficientes ni aptos cuando se persigue la íntegra transmisión de una relación contractual (que un extraño al contrato subentre en la condición de parte sustituyendo o reemplazando a uno de los primigenios contratantes): la sucesión en el contrato no puede operar mediante recursos que, a fin de cuentas, no fueron diseñados pensando en ella. Se debe arbitrar otro mecanismo, un procedimiento jurídico que dote de cauce adecuado a una palpable necesidad práctica: tal es el de la cesión voluntaria o negocial del contrato.

Ahora bien, ¿puede admitirse esta figura jurídica en los ordenamientos que de manera expresa no la prevén en forma general, esto es, en cuanto aplicable, en determinadas condiciones y previos ciertos requisitos, a todas las relaciones contractuales?

En los países que legalmente está permitida la asunción de deudas a título singular (Alemania, Suiza, Austria, México, etc.) la cuestión presenta menores problemas. Por el contrario, en los países que no tienen prevista dicha sucesión en la deuda (Francia, Bélgica, Portugal, España y casi todos los latinoamericanos, incluida Venezuela), la solución depende necesariamente del criterio que se sostenga en relación a este punto, que viene a configurarse, por ende, como una verdadera cuestión previa. Pues bien, ya se ha visto que en el ordenamiento venezolano no hay obstáculos legales o de otra índole para admitir pacíficamente el traspaso singular e *inter vivos* de la posición pasiva de la relación obligatoria. El inconveniente inicial queda superado entre nosotros.

Vayamos a los otros. La cesión voluntaria de contrato se sustancia en un contrato que, teniendo por objeto una relación contractual, se dirige a dar entrada a un nuevo contratante en sustitución de uno de los originarios, permaneciendo inalterada e idéntica dicha relación en todo lo que no sea la mutación personal perseguida, tal cual sucede en cualquier modalidad de sucesión jurídica. Es decir, toda la problemática en torno a la operabilidad de la figura se circunscribe y centra en el punto de si es

posible un contrato de cesión de contrato, especie que no está dotada de una disciplina particular y expresa en el Código.

Pero así centrado el asunto, las dificultades se esfuman, las dudas se desvanecen, pues en el Derecho civil moderno uno de los principios cardinales e informadores es el de la libertad o autonomía contractual, en cuya virtud, y tomado ahora tan sólo en una de las varias acepciones o direcciones en que el mismo puede contemplarse,²⁰ las partes pueden concluir cualesquier contratos que, aun careciendo de una particular normación jurídica, se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela, siempre que se respeten los límites mínimos pautados por la ley para los contratos típicos. Estamos en el vasto campo de los contratos inno- minados, en el ámbito de la libertad jurídico-creativa que permite la adecuación del Derecho objetivo a los cambios y progresos de la vida práctica y la constante distensión de la norma en pos de una realidad siempre más rica y avanzada que cualquier previsión legal. Los nuevos contratos, los contratos no disciplinados por la ley son un fruto espontáneo de las cambiantes necesidades sociales, algo que naturalmente aflora en el tráfico para satisfacer nuevos intereses sociales; por ello, sin perjuicio de que en un ulterior momento sean recibidas por el ordenamiento jurídico, la legislación, en materia contractual, se encuentra siempre en una situación de atraso en relación a los usos practicados en la vida de los negocios. Por ello, en el Derecho moderno, la ley se limita a señalar unos requisitos o elementos mínimos necesarios en todo contrato, reglado o no, cubiertos los cuales, se desentiende de la conformación y contenido que los particulares den al singular contrato concluido. Tan es así que en nuestros días, cada vez en forma más acentuada, el contrato tiende a considerarse como un esquema general que adquiere validez y es tutelado por el solo hecho de llenar los requisitos generales formales, independientemente de su coincidencia con una figura legal concreta.²¹

En materia, pues, de cesión de contrato estaremos frente a un caso de contrato innominado que en cuanto reúna los requisitos o presupuestos de validez exigidos por el Código civil (art. 1.141) quedará abierto a la libre conclusión por parte de los interesados, sin que a ello obste la carencia de una específica previsión y regulación en el ordenamiento jurídico.

El argumento puede reforzarse, aunque en realidad no hace falta, si se considera que ya en el propio Código civil, en el Código de comercio y en otras normas nacionales, como antes se vió, están recogidos algunos particulares supuestos de cesión

²⁰ Cf. MESSINEO, *ob.cit.*, I, pp. 15-17; Messina, *Negozi fiduciarii*, Milán, 1910, p. 103.

²¹ MESSINEO, *ob.cit.*, I, p. 382.

negocial del contrato y, sobre todo, de sucesión legal en el contrato. Ante un claro ejemplo de admisión como es el contemplado en el artículo 1.583 a propósito de la cesión por el arrendatario de la relación contractual arrendaticia, cabe lícitamente preguntarse, ¿qué obstáculo o inconveniente puede haber para admitir la cesión del contrato de compraventa, de enfiteusis, de obra, de mandato, de fletamiento u otro? No lo alcanzamos a ver, ya que en la locación no se dan particularidades institucionales que justifiquen e hicieren apta su transmisión en relación a las otras figuras mencionadas; se trata tan sólo de un atisbo parcial del legislador, de una anticipación un tanto inconsciente que no pasa de ser otra cosa que la manifestación concreta e *in specie* de un fenómeno mucho más vasto y general. Una futura redacción del Código civil debe desembocar necesariamente, como ha sucedido en Italia con el Código de 1942, a sancionar la cesión del contrato como fórmula general aplicable a todos los contratos, en determinadas condiciones que ya se verán, que permita unificar, en lo sustancial, los aislados casos actuales, ahora cada uno a su aire, y sienta las bases estructurales mínimas para aquellos otros supuestos que, realizados en la práctica, carecen de toda previsión legal. El nuevo Código se limitará con esto a recibir como nominado un contrato hasta entonces innominado que, por virtud de las nuevas necesidades y exigencias económicas, la práctica mercantil había espontáneamente creado y consagrado. El Código se pondrá al día, se actualizará.

En aras, pues de la autonomía de la voluntad contractual se puede y se debe defender en nuestro Derecho la factibilidad de la transmisión a un tercero de la posición contractual, la sustitución de una parte contratante por un extraño que viene a ocupar su lugar en una determinada relación contractual en virtud de un negocio de cesión. Ni siquiera se precisa echar mano al instrumento analógico (art. 4º-2 C.C.) para extender a otros supuestos la transmisión de contrato prevista a propósito del arrendamiento, cosa perfectamente posible si se tiene en cuenta que, por ejemplo, entre el contrato de arrendamiento de cosa y el contrato de obra, a los efectos de su cesión, se da una igualdad jurídica esencial, y donde existe la misma razón idéntica debe ser la regla aplicable (*ubi eadem ratio est ibi eadem iuris dispositio esse debet*), ni tampoco hace falta, para dar beligerancia en nuestro sistema positivo a la libre y plena mutación subjetiva de los contratos, recurrir a la sencilla consideración de que si en el momento actual la ley impone la subrogación o sucesión automática del sucesor en los derechos y obligaciones de la parte que sale de una determinada relación contractual [cesión *ipso iure* del contrato: transmisión legal de la posición de arrendador cuando se enajene la finca arren-

dada —art. 1.604 (*emptio non tollit locatum*)—, subrogación legal del nuevo empresario en el contrato de trabajo preexistente —art. 25 L.T.—, cesión de cartera por una compañía de seguros, etc.], antes de semejante imposición legal no debió haber obstáculo alguno para que los particulares pudiesen pactar la sucesión voluntaria en dichas relaciones contractuales (si el obstáculo dogmático, principista o institucional hubiere existido difícilmente el legislador habría impuesto como necesario lo que estaba vedado a la libre actividad negocial), más bien debió ser harto patente la conveniencia y aún la necesidad (y la difusión práctica) de la circulación de los aludidos contratos para llegar a predicarla la ley como automática e incluso requerirla imperativamente en algunos casos. Siendo esto así, ¿no cabe lícitamente sostener que es posible sustituir una persona por otra en una posición contractual cualquiera habida cuenta de que el legislador no tiene obstáculo para reconocer la posibilidad —y hasta la necesidad— del cambio de sujeto en cualquier momento? Repetimos, basta y sobra el principio de libertad de creación contractual para que pueda jugar a plenitud la cesión de los contratos por negocio.

A la admisión de la cesión del contrato no se opone ninguna norma imperativa (prohibitiva), y en Derecho civil lo que no es expresamente prohibido está permitido, mas, por ventura, ¿será contraria al orden público o a las buenas costumbres la función económico-social (*causa*), que a través de la misma se persigue y cumple, y, por ende, resultará contrato ilícito?

Según se entiende generalmente un contrato es contrario al orden público (contrato prohibido) cuando su finalidad atenta contra los principios fundamentales y los intereses generales sobre que descansa el ordenamiento jurídico de un país, y desde luego que, en forma evidente, en la transmisión de las relaciones contractuales no se da nada de esto, ya que la misma no pasa de ser otra cosa que una simple alteración subjetiva de las relaciones patrimoniales de las partes interesadas en la cesión.

Igualmente, un contrato choca contra las buenas costumbres (contrato inmoral) cuando su finalidad es contraria a los principios que en un determinado lugar y en un determinado momento constituyen la moral social o corriente; pues bien, el contrato de cesión en sí, desde el punto de vista moral, es completamente inocuo porque su finalidad u objetivo no es, podríamos decir, autónomo sino instrumental; sirve tan sólo para hacer circular un contrato preexistente mediante la subrogación de un extraño al mismo en lugar de uno de los originarios contratantes, y ello, como es obvio, no puede repugnar a las *boni mores*. "Como tal negocio traslativo —enfatisa GARCÍA-AMIGO— la cesión de las relaciones

obligatorias en sí no sólo no es inmoral, sino que facilita el tráfico de tal manera que lo inmoral sería prohibirlo".²²

Ya se tiene pues, según creemos, plenamente desbrozado el campo. Nada hay que impida celebrar contratos que tengan por objeto transferir otros contratos, salvo el silencio (relativo) de la ley, silencio que, amén de que, como sabemos, no significa nada en el ámbito de la normativa civil, tiene su explicación y aún justificación en relación a la mayoría de los Códigos (aunque no en relación al nuestro) por haberse elaborado los mismos en momentos en que la dogmática jurídica construía el contenido del contrato como una simple suma o agregado de efectos jurídicos obligacionales y no como un todo unitario o unidad orgánica superior que trasciende de los particulares elementos componentes al modo de la doctrina jurídica de nuestros días;²³ por el ello cuando el legislador italiano de 1942 acomete la redacción del nuevo Código, participando en estas ideas, ve en el contrato un valor económico actual, apto, por ende, para circular como un todo a través del mecanismo de la cesión, cosa que desgraciadamente no hizo el legislador venezolano cuando para la misma fecha sancionó el Código civil vigente en la actualidad. Reveladoras son en tal sentido las siguientes palabras de LARENZ: "Pero fuera una conclusión objetiva injusta querer derivar del silencio de la ley acerca de la asunción de un contrato el que no se permita asumir la posición contractual. El silencio de la ley se explica porque sus autores vieron en la relación obligatoria como un todo, no otra cosa que la suma de los créditos singulares pertenecientes a una u 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".²⁴

Aparte de que como se ha encargado de resaltar la misma doctrina tudesca, la cesión de contrato no sólo significa, respecto a la cesión de crédito, un instrumento de mayor perfección técnica y de mayores efectos en cuanto hace circular el contrato íntegro, sino que además, desde el punto de vista práctico, presenta menos inconvenientes que aquélla porque deja intacta la unidad de la relación contractual.

²² GARCIA-AMIGO, *ob.cit.*, pp. 243-244.

²³ El carácter unitario de la relación contractual se patentiza cuando los autores hablan de que la misma es un *organismus* (Siber, Stoll), un *Komplex* de derechos y obligaciones (Esser), *ein Inbegriff* de derechos y obligaciones (Simitis), *ein Gefüge, ein Gebilde* de orden superior a la simple relación obligatoria (Larenz), etc.

²⁴ LARENZ, *ob. cit.*, I, p. 488.

Vistas la conveniencia y utilidad (y aun necesidad económico-social), visto que no hay prohibición ni obstáculo legal o de otro tipo a la admisión de la cesión de contratos como figura de general aplicación, el fallo no puede ser otro en nuestro Derecho positivo, como en la generalidad de los ordenamientos que no la prevén, que el reconocimiento de la plena y libre operabilidad del mecanismo estudiado.

En la literatura jurídica venezolana el tema de la cesión del contrato no ha sido tratado. Por lo que hace a la jurisprudencia, nuestro más Alto Tribunal no ha abordado la figura con frecuencia, y cuando lo ha hecho, a propósito del artículo 1.583 del Código civil, sus conclusiones, desde el punto de vista dogmático, no han sido ni felices ni avanzadas; sirva de muestra la sentencia de 25 de octubre de 1954 de la extinta Corte de Casación (Sala Civil, Mercantil y del Trabajo) en la que se puede leer lo siguiente:

"El derecho que confiere al arrendatario el artículo 1.583 del Código civil, para subarrendar y ceder siempre que no exista estipulación expresa en contrario, ha de entenderse que lo autoriza para ceder cuantos derechos le correspondan en virtud del contrato, porque tal cesión no es otra cosa que la venta de un crédito, convención expresamente contemplada y reglamentada en nuestra legislación. La cesión de obligaciones, en cambio, no existe en nuestro ordenamiento jurídico como acto unilateral del deudor, pues para que éste pueda considerarse libertado de tales obligaciones es necesario que el acreedor convenga expresamente en ello (art. 1.317 C.C.). El contrato de arrendamiento, como sinalagmático que es, crea derechos y obligaciones. Quien cede, pues, un contrato de esta naturaleza, sólo puede ceder los derechos que de él se derivan para el cedente, pero no las obligaciones. No es correcto, por otra parte, hablar de cesión de obligaciones; desde luego que lo que existe es un simple cambio de deudor, la extinción de una obligación y el nacimiento de otra. Se concibe que pueda cederse un crédito, un derecho, sin la intervención del deudor, porque a éste le es indiferente pagar a uno u otro acreedor; pero no así al tratarse de obligaciones, porque en este caso el acreedor ha tenido en cuenta las condiciones de su deudor, señaladamente su solvencia. De ahí que se requiera expresamente su consentimiento para que se produzca novación, es decir, para que el primitivo deudor quede libre de sus obligaciones. Si tal consentimiento no existe, ningún efecto producirá la cesión del contrato de arrendamiento entre el dador y el primitivo arrendatario; el contrato original subsiste, conservando aquel cuantos derechos y acciones le corresponden en virtud del mismo. Al considerar, pues, la recurrida que la cesión de un contrato de arrendamiento, hecha por el arrendatario, comprende tanto los derechos como las obligaciones que de él se derivan

para el cedente, y al considerar, igualmente, extinguida toda relación contractual entre el dador y el arrendatario cedente, ha infringido por mala aplicación el artículo 1.583 del Código civil, y así se declara. También infringió la recurrida, al no aplicarlos los artículos 1.315 y 1.317 del mismo Código, infracciones que también han sido denunciadas, en razón de que la novación no se presume".

El artículo 1.583 del Código civil (inspirado en el artículo 1.717 del Código civil francés²⁵ y en el 1.573 del Código civil italiano de 1.865) dispone: "El arrendatario tiene derecho a subarrendar y ceder si no hay convenio expreso en contrario". Los autores franceses al considerar las dos posibilidades que tiene el arrendatario: subarriendo y cesión del arrendamiento, estimaron que la primera implicaba un contrato de arrendamiento mientras que la segunda, al no existir en el ordenamiento galo la asunción de deuda a título singular, hacía referencia a una cesión de crédito. Todavía hoy los hermanos MAZEAUD creen que sería más correcto hablar de cesión del derecho del arrendatario que de cesión de arrendamiento, en razón de que el cedente sigue sujeto a todas las obligaciones para con el arrendador porque el crédito del arrendatario contra el arrendador es lo único cedido y no su deuda para con el arrendador, y que caso de que éste hubiere consentido liberar al cedente, la operación se traduciría entonces en una delegación perfecta y no en una cesión.²⁶ Por el contrario, la doctrina italiana, ante un artículo del Código de 1.865 similar al francés, se pronunció casi en bloque por la tesis de que se trataba de una auténtica cesión del contrato de arrendamiento.

La sentencia transcrita sigue el arcaico y defectuoso criterio francés cuando dice que el artículo 1.583 autoriza al arrendatario para ceder cuantos derechos le correspondan en virtud del contrato, porque tal cesión no es otra cosa que la venta de un crédito; es decir, no hay cesión o transmisión de la relación contractual como un todo, sino tan sólo un simple traspaso de los derechos derivados del contrato a favor del arrendatario (lado activo) y, además, a título de venta [con lo que incurre en el craso error de identificar cesión —acto abstracto de transmisión de créditos que puede descansar en variadas causas (venta, permuta, donación, etc.)— y venta, que no es sino una de las causas de la cesión o una manifestación concreta de la misma].

²⁵ Según el artículo 1.717 del Código civil francés: "El arrendatario tiene derecho a subarrendar, y también el de ceder su arriendo a otro, si no se le ha prohibido esta facultad. La misma puede ser prohibida en todo o en parte. Esta cláusula es siempre de rigor".

²⁶ MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, III-4º, Buenos Aires, 1952, p. 51.

Semejante postura restrictiva y negadora de la posibilidad de ceder el contrato de arrendamiento es, a nuestro entender, totalmente errada en base a las siguientes consideraciones: a) El artículo 1.583 habla simplemente de que el arrendatario tiene el derecho de ceder; ahora bien si tal cesión se refiriese a los derechos que le correspondan en virtud del contrato no habría razón para hacer mención expresa de la misma, pues todos los derechos de crédito son, en principio, transmisibles; por lo que hay que concluir que la cesión atañe a la posición contractual íntegra. b) Por otra parte, si se defiende que la cesión afecta únicamente a los derechos del arrendatario, aunque desde un punto de vista teórico cabe sostener que la cesión así entendida, contrato de ejecución única o instantánea, se diferencia del subarriendo, contrato de ejecución continuada o de tracto sucesivo,²⁷ lo cierto es que desde el ángulo práctico ambas figuras se confunden por no darse entre ellas ninguna diferencia verdaderamente esencial.²⁸ c) En fin, no se acaba ver el porqué de tantos recelos y prejuicios para admitir la transmisión negocial del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, cuando el propio Código, en caso de enajenación del bien arrendado, impone la subrogación legal del adquirente en la posición contractual del arrendador (art. 1604 y ss. del Código venezolano, art. 1.743 del Código francés); si fuere jurídicamente imposible, por pugnar con un principio básico del ordenamiento, transpasar un contrato en su totalidad a un sujeto nuevo el legislador hubiera meditado mucho antes de sancionar semejante sucesión *ope legis*. Mas si el adquirente se subroga por mandato legal en todos los derechos y obligaciones del arrendador, ¿qué puede impedir que voluntariamente un tercero reemplace al arrendatario en todos los suyos?

El pretendido obstáculo reside en ese "sacrosanto" principio, repetido una y otra vez entre nosotros un tanto irreflexivamente, de que en el Derecho venezolano no es posible la sucesión en la deuda a título singular, y del que se hace eco la sentencia que comentamos cuando dice que "la cesión de obligaciones, en cambio, no existe en nuestro ordenamiento jurídico como acto unilateral del deudor, pues para que éste pueda considerarse libertado de tales obligaciones es necesario que el acreedor convenga expresamente en ello". Pero, señores, la asunción de deuda por

²⁷ Algunos autores hablan de que en el subarriendo hay una yuxtaposición de arrendamientos, mientras que en la cesión de arrendamiento se da una sucesión a título particular en facultades íntimamente unidas con obligaciones. O bien de que la cesión es la venta del derecho al arrendamiento, mientras el subarriendo es la locación del derecho al arrendamiento o de parte de ese derecho.

²⁸ Cf. los mismos MAZEAUD, *ob.cit.*, III-4º, p. 50; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, IV, Madrid, 1956, p. 425.

acto unilateral del deudor no existe en nuestro ordenamiento ni en ningún otro (ni puede existir), porque no siendo indiferente al acreedor la concreta persona del deudor es obvio que hará falta su asentimiento para que el antiguo deudor salga de la relación y en su lugar se coloque uno nuevo; aparte de que cuando el deudor conviene con el que asume la deuda que éste ocupe su lugar en la misma relación obligatoria, está en el fondo disponiendo del derecho de crédito del acreedor (al imprimirle un cambio de dirección, ya que el acreedor habrá de dirigirse en lo futuro contra el asumente y no contra el primitivo deudor —modificación subjetiva de la obligación)—, y, como sucede con todo acto de disposición de derechos ajenos, semejante actuación sólo será eficaz cuando precisamente el acreedor la ratifique, confirme o apruebe.

Ahora bien, una cosa es decir que la asunción liberatoria de deuda no es eficaz sin el asentimiento del acreedor, afirmación absolutamente intachable, y otra muy distinta, como lo hace la aludida sentencia y la doctrina venezolana, que producido tal asentimiento al cambio de deudor se produce en forma necesaria la extinción de la obligación por novación subjetiva pasiva. Esto es lo que no resulta correcto. Lo que caracteriza y tipifica a la novación es el *animus novandi*, la intención de los interesados de extinguir una obligación y sustituirla por otra nueva (*prioris debitum in aliam obligationem transfusio atque traslatio*), intención que debe declararse en forma clara y terminante (art. 1.315 C.C.); además, cuando adopte la forma de delegación, es necesario que el acreedor declare "expresamente su voluntad de libertad al deudor que ha hecho la delegación" (art. 1.317 C.C.).

En consecuencia, si frente a un nuevo deudor que acepta como suya la deuda de otro hay declaración de voluntad terminante por parte de los interesados de novar (*animus novandi*) y, además, el acreedor libera al originario deudor, estaremos frente a un supuesto de novación por cambio de la persona del deudor (sustitución de una relación obligatoria por otra). Por el contrario, si el acreedor acepta el nuevo deudor y libera expresamente al antiguo, pero no hay voluntad clara de novar o, incluso, lo que aparece claramente es la voluntad de no novar (es decir, se quiere que la obligación preexistente no desaparezca ni sea reemplazada por otra de nueva factura), ¿podrá afirmarse en tal caso que en el Derecho venezolano se produce la extinción novatoria de la obligación? De ninguna manera.

Ahora bien, si no hay novación, pese a que un nuevo deudor se sustituye al anterior, si tampoco se da un supuesto de delegación cumulativa (o imperfecta) de deuda o de adhesión o ac-

cesión en la deuda,²⁹ porque el acreedor ha relevado o liberado al originario deudor, ¿qué es lo que hay realmente, pues algo tiene que haber? Quiérase o no, guste o no, tiene lugar una verdadera y propia sucesión singular y voluntaria en la deuda, es decir, una transmisión o asunción de deuda a título particular y por acto *inter vivos*: cambio jurídico-negocial de la persona del deudor en una relación obligatoria que permanece intacta en lo demás (el deudor anterior se libera, se subroga uno nuevo y la obligación sigue siendo la misma). Esto es, al menos para nosotros, absolutamente irrefutable.

Pues bien, como semejante negocio de asunción de deuda (que se puede celebrar entre el nuevo deudor y el acreedor, sin necesidad del asentimiento del hasta entonces deudor, o entre el que asume la deuda y el antiguo deudor, requiriendo para ser eficaz la ratificación del acreedor) no se opone a ninguna norma imperativa, ni es contrario al orden público, ni atenta contra las buenas costumbres, hay que concluir que el mismo puede lícitamente concluirse en base al principio de la autonomía de la voluntad que preside todo el Derecho de obligaciones. Quede a la libre voluntad de los interesados novar o transmitir las obligaciones, pero, en todo caso, distíngase y admítase que novación subjetiva pasiva y asunción de deuda son dos fenómenos diferentes, con campos de actuación distintos y ambos con plena posibilidad de operar en forma autónoma (aparte de la estimable razón práctica, válida en Derecho como en los demás órdenes de la vida social, de que lo que abunda no daña).

Visto que en nuestro ordenamiento no hay obstáculo, antes bien está expedito el camino, para la asunción liberatoria (o privativa o traslativa) de deuda queda allanado el supuesto inconveniente para admitir que el artículo 1.583 del Código civil, como así lo hace, consagra un verdadero caso de cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario (ni más ni menos como hay otros en nuestro Derecho en que legal o contractualmente se prevé la transmisión de la relación contractual), y queda demostrada lo inconsistente de la tesis sostenida por la sentencia de casación que se comenta. Sí es posible en Venezuela, pese a la ausencia de una regulación general, ceder contractualmente los

²⁹ Supuesto en el que, como explica Larenz, el anterior deudor no queda liberado, sino que el acreedor tiene un segundo deudor, pudiendo a su arbitrio dirigirse contra uno y otro; el deudor entrante debe lo mismo que el originario (al tiempo en que aquél interviene); el acreedor, por tanto, ha de recibir la prestación sólo una vez. En este caso de asunción no existe una "sucesión en la obligación"; mediante la agregación de un segundo deudor, el primero no queda liberado ni atenuado su obligación, sino que la relación de deuda ya existente se transforma, sin que cambie el contenido de la prestación debida, en una obligación solidaria (Larenz, *ob.cit.*, I, p. 483).

contratos, claro que, como ya se verá con detenimiento más adelante, en cuanto tal cesión implica asunción de deudas por el cesionario, hará falta, en principio, para su plena eficacia, la aprobación o asentimiento de la parte contractual que permanece en la relación (cedido).

Lo curioso es que este resultado parece admitirlo la sentencia del caso, si no resultara excluido por toda la argumentación anterior, cuando en uno de sus párrafos afirma que "si tal consentimiento no existe, ningún efecto producirá la cesión del contrato de arrendamiento entre el dador y el primitivo arrendatario". Quien infringió, pues, por mala aplicación, el artículo 1.583 del Código civil fue la sentencia de casación y no la sentencia de instancia recurrida, que había acogido la solución correcta al sostener que "la cesión de un contrato de arrendamiento, hecha por el arrendatario, comprende tanto los derechos como las obligaciones que de él se derivan para el cedente".

3. ESTRUCTURA JURIDICA DE LA CESION DE CONTRATO. CONSENTIMIENTO, OBJETO Y CAUSA

De lo que hasta aquí se ha expuesto se infiere que la cesión de contrato persigue la transmisión de la relación contractual como un todo; es decir, hacer subentrar un nuevo sujeto en la posición jurídica, activa y pasiva, de uno de los originarios contratantes.

La posición o situación de parte contratante viene dada por la polarización en torno a cada uno de los centros de intereses de la relación contractual de una serie de créditos y débitos principales, de derechos potestativos y de derechos y deberes secundarios o accesorios que se conforma como un conjunto o todo unitario; o sea, la posición contractual resulta constituida por la cualidad misma de parte en el contrato. Pues bien "es esta cualidad, con todo tipo de derechos y obligaciones dimanantes de la misma —señala VALLS TABERNER—, lo que interesa adquirir, de suerte que el cesionario venga a ocupar el mismo lugar del cedente y pueda en consecuencia ejecutar sus derechos, cumplir sus obligaciones o hacer valer los demás poderes o facultades, tales como las de resolver el contrato por incumplimiento, proceder a su revisión, anulación, o denuncia, etc."³⁰

De lo que resulta que en toda cesión de contrato debe distinguirse con nitidez entre el contrato que se transmite (contrato básico) y el negocio jurídico que provoca dicha transmisión, que no es otra cosa que un nuevo contrato (de cesión) entre el cedente

³⁰ VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955, p. 58.

y el cesionario sin el que (al menos en la cesión propia o *cessio ex voluntate*) aquella no puede producirse. La cesión es, pues, un contrato distinto del contrato base, o, en frase de MESSINEO, "la materia del contrato de cesión es un contrato". Habremos de distinguir, en consecuencia, entre las partes que intervienen en el contrato de cesión, el objeto y la causa del negocio de cesión.

Por lo que hace a las partes, en cuanto la cesión de contrato tiene por finalidad hacer subentrar un extraño en la categoría de parte contractual desplazando a uno de los originarios contratantes, resultará que el negocio se desenvuelve entre tres centros de intereses autónomos: la parte que sale de la relación contractual cedida, la que entra en su lugar y la que permanece (cedente, cesionario y cedido).

El cedente busca, mediante el contrato de cesión, abandonar la posición contractual que le corresponde en el contrato básico (materia del contrato de cesión), liberarse de todos los derechos y obligaciones vinculados a dicha posición. El cesionario persigue, por el contrario ser considerado parte contractual en un contrato ya existente en cuya conclusión no intervino, recibir en su persona todos los efectos obligatorios provenientes de la relación contractual. Al cedido, en fin, lo que le interesa es que la alteración subjetiva producida en el contrato básico no le perjudique patrimonialmente, por lo que se explica que para la plena eficacia de la cesión haga falta su asentimiento o aprobación. Y esto último es completamente natural, pues si mediante su entrada en la posición de contratante el cesionario asume las deudas del cedente debe operar el mecanismo ya visto a propósito de la sucesión en los débitos a título particular; por ello, como acertadamente señaló PULEO, "la adhesión del contratante cedido tiene por fin preservarle del perjuicio que podría derivarse del cambio de la persona del deudor".³¹

Los tres participantes en la cesión del contrato deben quererla o consentirla en cuanto la misma repercute patrimonialmente sobre ellos. Ahora bien, admitida como un *prius* incontestable la necesidad de que se den tres declaraciones autónomas de voluntad en el negocio de cesión, cabe preguntarse si ello determina inexcusablemente que el contrato de cesión deba ser trilateral.

Esta es la postura de la jurisprudencia italiana, según la cual: "la cesión del contrato asume la figura de un negocio jurídico plurilateral que precisa de la necesaria intervención de tres sujetos: el cedente, el cesionario y el cedido" (sent. 28 noviembre 1961); "el consentimiento del contratante cedido no tiene simple-

³¹ PULEO, *La cessione del contratto*, Milán, 1939, p. 76.

mente el valor de mera adhesión al acuerdo ya perfeccionado entre el cedente y el cesionario, sino el de elemento constitutivo de la cesión... , por tanto sin aquel consentimiento, expreso o tácito, la cesión no es perfecta y no se opera la transferencia de la relación contractual ni de sus elementos activos y pasivos" (sent. 15 abril 1958); "mientras en la cesión de contrato el consentimiento del contratante cedido es un elemento constitutivo de la cesión, en la cesión de crédito, que importa la transmisión de un singular elemento de una relación que permanece íntegra, el consentimiento del deudor cedido es extrínseco a la convención" (sent. 12 de julio 1957); "la cesión de contrato que, en la disciplina del vigente Código civil, supone la transferencia del contrato con prestaciones recíprocas, como un conjunto unitario de derechos y obligaciones, del cedente al cesionario está constituida por un completo negocio de transmisión entre el cedente, el cesionario y el contratante cedido cuyo fin común es la sustitución subjetiva en el contrato; por tanto, en tal negocio, a diferencia de la cesión de crédito, en la que hay transferencia de un singular elemento de la relación que permanece íntegra y en la cual el asentimiento del deudor cedido es extrínseco a la convención, el consentimiento del contratante cedido es elemento constitutivo como el consentimiento de los otros sujetos" (sent. 16 mayo 1955); etc.

Ella es también la posición dominante en la doctrina más reciente. A su tenor, el cedido es parte en el contrato de cesión, por lo que su declaración de voluntad es elemento integrante del consentimiento contractual. Tal consentimiento se integra por tres distintas declaraciones de voluntad (negocio trilateral); por tanto, si llega a faltar la del cedido no es que el contrato de cesión sea ineficaz respecto a él, sino que ni siquiera existe al no haberse formado el consentimiento constitutivo del contrato.

Por nuestra parte, no es que pretendamos desconocer ni aun rebajar la importancia del asentimiento del cedido, sin el cual la cesión no surte plenos efectos; tal asentimiento es siempre necesario si se quiere que la cesión de contrato opere cabal e íntegramente. Pero, no creemos que de ello deba derivarse que en todo caso y sin excepción es necesaria para la perfección del contrato de cesión la concurrencia de las tres declaraciones de voluntad antedichas; es decir, que siempre la cesión se estructure como un negocio plurilateral (trilateral).

Tampoco pensamos, como sostiene BARBERO, que, por el contrario, la cesión de contrato se formule en todo supuesto como un convenio bilateral (entre cedente y cesionario), correspondiendo a la declaración de voluntad del contratante cedido únicamente el

papel de un mero presupuesto de eficacia o *conditio iuris* para la eficaz operancia del negocio de cesión.³²

A nuestro entender deben distinguirse distintas hipótesis al respecto; casos en los que, sin duda, el contrato de cesión se presenta como trilateral y casos en los que, contrariamente, se nos aparece como bilateral, aparte de la necesaria complementación para su plena eficacia.

Ya sabemos que en la cesión de contrato, en cuanto implica transmisión de la relación contractual en su orgánica integridad (elementos activos y pasivos), al contratante cedido no puede serle indiferente la persona del cesionario, en razón de que éste no va a ser sólo su acreedor sino también su deudor; de aquí, como señala MESSINO, "el buen funcionamiento de la tesis de la necesidad del asentimiento del contratante cedido para que la cesión de contrato cumpla verdaderamente su finalidad práctica."³³

Por ello, precisamente, cuando la cesión se concluye tan sólo entre cedente y cesionario, el contrato no surte efectos frente al cedido para quien dicho contrato es *res inter alios acta* (principio de la relatividad de los contratos, art. 1166 C.C.); pero, ¿significa esto es que el contrato en cuestión no exista o sea inválido? Creemos que nó.

¿Cuál es la razón de que el negocio concluido sin el asentimiento del cedido sea ineficaz? Sencillamente que el cedente al pretender trasladar al cesionario el contenido contractual en toda su integridad, al mismo tiempo que está disponiendo de los créditos existentes a su favor, para lo cual no se precisa la intervención del contratante cedido, está disponiendo también de los derechos de crédito de éste al imponerles un cambio de dirección (mutación de la persona del deudor), de lo que resulta que el negocio es ineficaz por carecer uno de los contratantes del poder de disposición sobre los derechos que forman la materia del mismo (el poder de disposición, en cuanto es parte del contenido del derecho, sólo corresponde al titular del derecho subjetivo).

Ahora bien, esto no da lugar a la invalidez del contrato de cesión; el contrato, en cuanto está provisto de todos sus elementos o requisitos constitutivos, es válido; lo que sucede es que por la presencia de un obstáculo extrínseco (falta del poder de disponer) no es apto para producir efectos. Pero bastará que el contratante cedido dé su aprobación o asentimiento a la cesión para que, subsanado el defecto, la ineficacia quede eliminada re-

³² BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, Milán, 1948, p. 226.

³³ MESSINEO, *ob.cit.*, II, p. 238.

troactivamente, tal cual sucede en general con la disposición de derechos ajenos cuando su titular la ratifica o consiente.

Como se desprende de la *Relazione ministeriale al Codice civile* (16 de marzo de 1942), los trabajos preparatorios del Código italiano de 1942 rebajaron la importancia del asentimiento del contratante cedido, viéndose en él únicamente un presupuesto para la liberación del cedente, de manera que, si faltaba, la cesión era válida y aun eficaz entre cedente y cesionario aunque no frente al cedido. Ahora bien, es patente que una cesión de contrato operando de esta manera escasamente puede presentar interés si lo que se persigue por su través es hacer subentrar en la relación contractual un nuevo contratante en lugar de uno de los originarios (traspasar el contrato íntegro); para tan limitados efectos no haría falta recurrir a la cesión de contrato, bastaría el mecanismo más simple y expedito de la cesión de créditos. "Una eficacia restringida a los participantes en la cesión (cedente y cesionario), pero sin que la cesión tenga efecto frente al cedido —nos dice en tal sentido MESSINEO—, es prácticamente incompleta, puesto que ni el cedente quedaría liberado ni el cesionario podría ser legitimado a cumplir respecto del cedido, ni, lo que importa más, el cedido tendría el deber de cumplir en manos del cesionario".³⁴

Pero no es esto lo que se está tratando, claro e indubitable, sino que partiendo del *prius* de que siempre y en todo caso es preciso el asentimiento del contratante cedido para que la cesión de contrato sea total y plenamente eficaz, ello no significa en forma necesaria que el contrato de cesión precise para su válida conclusión de tres partes contratantes (cedente, cesionario y cedido), es decir, que el consentimiento del mismo se deba integrar sin excepción por tres declaraciones de voluntad. Creemos que así como hay casos en que el mecanismo de cesión funciona en virtud de un contrato trilateral (sin adentrarnos aquí en la cuestión polémica de si se puede hablar o no rectamente de contratos plurilaterales),³⁵ hay también otros en que opera en base a un convenio bilateral, si bien en estos últimos, aun siendo válido el contrato, su plena eficacia queda subordinada al cumpli-

³⁴ *Ibid.*, p. 237.

³⁵ MESSINEO, no admite la categoría de contrato plurilateral en razón de que la idea de contrato supone el antagonismo de intereses entre las partes a cuya composición o armonía tiende precisamente el contrato; y todo antagonismo tiene como presupuesto necesario y suficiente la dualidad de partes. Estima que cuando entren varias partes a constituir un negocio jurídico habrá negocio plurilateral, pero no contrato plurilateral, pues el contrato es, por esencia, bilateral.

miento de un presupuesto o *conditio iuris*: el asentimiento o aprobación del contratante cedido.

Por ello nos parece demasiado rigurosa la posición de aquellos autores que sostienen la tesis de que el contratante cedido es siempre parte en el contrato de cesión y que, por ende, su declaración de voluntad es elemento integrante inexcusable del consentimiento contractual. De acuerdo a la misma, el contrato de cesión sólo se perfecciona cuando concurren las tres declaraciones de voluntad (el cedido interviene no sólo en el instante de la eficacia sino en la conclusión misma del contrato) y se llega a hablar, con evidente impropiedad, de que si falta cualquiera de las tres, la cesión es inválida o, incluso, inexistente. Para concluir que, en todo caso y salvo especial previsión legal en contrario, la cesión de contratos es un contrato en cuya perfección intervienen tres partes: es trilateral.

Nuestra postura intermedia encuentra su mejor aval en la modélica normativa del Código civil italiano. En efecto, tras establecer en su artículo 1.406 que "cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello", prevé en el párrafo primero del artículo 1.407 que "si una de las partes hubiera consentido previamente que la otra sustituya a sí misma un tercero en las relaciones derivadas del contrato, la sustitución será eficaz respecto a ella desde el momento en que le haya sido notificada o en que la haya aceptado".

Con lo cual tenemos que la cesión de contrato puede manifestarse y operar a través de alguna de las tres maneras siguientes: a) Mediante contrato a cuya formación coadyuven simultáneamente las declaraciones de voluntad de cedente, cesionario y cedido (convenio trilateral). b) Mediante contrato entre cedente y cesionario previamente consentido por el cedente (convenio bilateral). c) Mediante contrato entre cedente y cesionario y posterior aceptación del cedido (convenio bilateral). En todo caso, empero, debe resaltarse, una vez más, que aunque la cesión de contrato es válida por la sola participación de cedente y cesionario, para que sea eficaz respecto del cedido se precisa forzosamente de su asentimiento o aprobación, asentimiento que integrará el consentimiento contractual (pasando a ser elemento constitutivo de la cesión) cuando se dé junto a las declaraciones de voluntad de cedente y cesionario, pero que no formará parte de dicho consentimiento (ni, por ende, será preciso para la válida formación y conclusión del contrato) cuando se preste con anteriori-

dad o posterioridad; aquí tan sólo estamos frente a un presupuesto para la plena eficacia del contrato de cesión intrínsecamente válido (por darse en él todos sus elementos constitutivos).

De todo lo antedicho se desprende la inexactitud de la posición adoptada por GARCIA -AMIGO, el cual tras señalar, correctamente, que frente a la tesis que estructura bilateralmente la cesión de contratos se debe objetar que si se configura en tal forma no produce efectos para el cedido, ya que tan sólo él puede disponer de su derecho en el contrato base y que, por tanto, el cedido debe haber prestado su consentimiento para que quede vinculado por la cesión del contrato (por el efecto transmisorio que ella supone), pues, en caso contrario, la eficacia del negocio no le alcanza, afirma que "el acuerdo del cedente y cesionario puede tener ciertos efectos (una cesión cumulativa), pero no existe la cesión verdadera y propia, por fallar una declaración de voluntad, siendo nula como tal cesión".³⁶

Al no distinguir con nitidez, el autor citado, entre nulidad del contrato (carecía de algún elemento constitutivo) e ineficacia (contrato válido pero no apto para producir efectos a causa de un hecho extraño al mismo), llega a la contradictoria conclusión de que el acuerdo entre cedente y cesionario (cesión), pese a ser nulo, puede tener ciertos efectos, sin advertir que *quod nullum est nullum producit effectum*. El contrato de cesión concluido únicamente entre cedente y cesionario es un contrato válido, si bien no surte efectos respecto del cedido por estarse disponiendo, sin su participación, de los derechos que le corresponden en la relación contractual; por ello, subsanada esta situación mediante su asentimiento a la sustitución subjetiva en el contrato, la ineficacia desaparece, tal cual sucede en general con la disposición de derechos ajenos (falta de preexistencia del derecho transmitido en el patrimonio del enajenante) cuando el titular de los mismos la ratifica o confirma. Como apunta LARENZ, "por regla general, la asunción de contrato es concertada entre la parte contratante saliente y la entrante, y para la eficacia de ese contrato se requiere la aprobación de la parte que permanece en la relación, puesto que el contratante saliente ha dispuesto sin autorización de sus derechos contractuales".³⁷

¿Cuál será el objeto del contrato de cesión? A lo largo del presente trabajo se ha dicho una y otra vez que la cesión persigue la sustitución o alteración subjetiva en el contrato básico, esto es la subrogación de un extraño al contrato en todos los derechos y obligaciones que del mismo nacieron en relación a una

³⁶ GARCIA-AMIGO, *ob.cit.*, p. 317.

³⁷ LARENZ, *ob.cit.*, I, p. 489.

de las partes contratantes. Del mismo modo que tiene lugar la sucesión negocial, o *ex voluntate* en los créditos y en las deudas, es posible la sucesión negocial o *ex voluntate* en los contratos, considerados en su orgánica integridad.

Siendo esto así, como es consenso general, se comprende que no reviste mayor importancia ni altera en forma sustancial el funcionamiento del mecanismo transferencial el enfocar el problema del objeto del negocio de cesión desde uno u otro ángulo y hacer énfasis, en consecuencia, sobre el particular y "agrandado" relieve que procura el peculiar objetivo manejado. Así, algunos autores hablan de que la cesión comprende la posición, situación o *status* jurídico de contratante,³⁸ otros de que el contenido del negocio de cesión es la cualidad o categoría de parte en una relación contractual,³⁹ otros, en fin, de que el objeto de la cesión es la relación jurídica constitutiva del contrato base.⁴⁰

Como fácilmente se observará el adoptar una u otra expresión (pues de eso se trata) no depende de otra cosa sino del enfoque subjetivo y objetivo que se dé a la materia objeto del contrato de cesión, pero, en definitiva, tal objeto consiste siempre en la relación contractual o contrato básico que pasa íntegro o como un todo a un sujeto nuevo, lo cual produce, naturalmente, que el cedente venga a quedar extraído del contrato básico y el cesionario venga a entrar en él a todos los efectos en la posición contractual de aquél, respecto al contratante cedido y subjetivamente invariado; es decir, paso del contrato como un todo, y no transferencia aislada de los varios elementos que lo componen.⁴¹

Y esto es en realidad de lo que se trata. El cedente quiere desentenderse por completo del contrato que concluyó, quiere que el tercero, extraño al contrato (cesionario), subentre o se subrogue en el complejo unitario de derechos y obligaciones (orgánicamente interdependientes, como dice ANDREOLI) que del mismo derivan en relación a su persona, quiere dejar de ser parte contractual, y, como es obvio, semejante objetivo, perseguido mediante la cesión, resulta plenamente cubierto tanto cuando se dice que el contrato se ha transferido en su integridad o totalidad como cuando se habla de que lo transferido es la posición o situación jurídica de

³⁸ Cf., por ejemplo, BARASSI, *Teoría generale delle obbligazioni*, Milán, 1948, pp. 290 y ss; FERRARA (jr.), *Per una disciplina legislativa delle cessione del contratto*, en *Rivista de diritto civile*, 1941, p. 108; VALLS TABERNER, *ob.cit.*, pp. 57 y ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratto*, II, Milán, 1955, p. 41; LARENZ, *ob.cit.*, I, p. 488, etc.

³⁹ Así, MESSINEO, *ob.cit.*, II, p. 235; CARRESI, *La cessione del contratto*, Milán, 1950, p. 44; etc.

⁴⁰ Cf., NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1934, p. 291; PULEO, *ob.cit.*, p. 71; etc.

⁴¹ ANDREOLI, *ob.cit.*, p. 33.

contratante (pues ésta no es sino la subjetivización de todos los efectos jurídicos derivados del contrato, esto es el contrato mismo). Son fórmulas equivalentes, por tanto, transferencia de contrato y transferencia de la posición contractual; se enfoque objetiva o subjetivamente la materia objeto del negocio de cesión, ella es siempre una: la relación contractual entera.

En tal sentido, resulta exacta la afirmación de GARCIA-AMIGO de que lo que constituye el objeto de la cesión es la relación contractual de contenido complejo y polarizado con referencia a una de las partes, formando lo que se denomina *status* o posición contractual, en cuanto que concepto comprensivo de todos los efectos nacidos para el cedente. "Esto —asevera— es lo efectivamente transmitido en la cesión de contratos, sometido en el cesionario como en el cedente a la ley de la norma negocial y del legislador".⁴²

Desde luego no hace falta advertir que el objeto del contrato de cesión así entendido deberá reunir los requisitos y condiciones exigidos por el artículo 1.155 del Código civil (posibilidad, licitud y determinación o determinabilidad).

Hasta aquí se ha venido hablando indiferenciadamente de contrato sujeto a transferencia como objeto de la cesión. Ahora bien, ¿cualquier clase o categoría de contrato podrá constituir el elemento objetivo del mecanismo transmisorio estudiado? Hay que precisar:

El Código civil italiano, al regular en forma general la cesión de contratos, puntualiza cuál va a ser el campo de operancia de la figura al establecer en su artículo 1.406 que cada una de las partes puede hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de "un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido todavía ejecutadas". Es decir, circunscribe el instituto de cesión a los contratos con prestaciones recíprocas con tal que las mismas no se hayan cumplido todavía.

A nosotros nos parece que ese confinamiento de la esfera de actuación del negocio de cesión es completamente natural y resulta acomodado al fin que él mismo persigue. En efecto, cuando se trate de un contrato con prestación a cargo de una sola parte, ésta se encuentra en la posición exclusiva de deudor, mientras que la contraparte se halla en la posición exclusiva de acreedor. El peso del contrato, como ha significado MESSINEO, está todo de un lado; del otro lado, está toda la ventaja, y por parte del acreedor no hay sino un comportamiento receptivo.⁴³ En consecuencia no puede hablarse de transferencia a un tercero del conjunto unitario

⁴² GARCIA-AMIGO, *ob.cit.*, p. 350.

⁴³ MESSINEO, *ob.cit.*, I, p. 413.

de derechos y obligaciones constitutivos de la posición de parte contratante; lo único que podrá funcionar será la cesión del crédito por parte del acreedor o la asunción singular de deuda. La cesión de contrato sólo tiene sentido y justificación en relación a aquellos contratos que producen obligaciones contrapuestas (prestación-contraprestación); es decir, en aquellos en que cada una de las partes contratantes es a la vez acreedor y deudor (contratos con prestaciones recíprocas o contratos bilaterales en la terminología de nuestro Código, art. 1.134).

Lo mismo puede señalarse respecto al segundo elemento limitador: que las prestaciones no hayan sido cumplidas en todo o en parte para el momento de la cesión. Si uno de los sujetos ya ejecutó totalmente su prestación, ha dejado de ser deudor en la particular relación contractual de que se trate, mientras que el otro ha dejado de ser acreedor. Nos encontramos, de nuevo, frente a dos partes, una de las cuales ostenta la posición exclusiva de acreedor y la otra la posición exclusiva de deudor; por lo tanto, lo que procede también aquí no es la cesión de contrato sino la cesión de crédito o la sucesión en la deuda. Ahora bien, obsérvese que para que este segundo obstáculo opere se precisa que el cumplimiento de las obligaciones por una de las partes haya sido total e íntegro, pues si el cumplimiento fue meramente parcial puede jugar sin inconvenientes la cesión del contrato por la porción de la prestación todavía no ejecutada, respecto a la cual se continúa siendo deudor.

Tendremos, pues, que la cesión de contrato se puede dar tanto en los contratos de ejecución única como en los contratos de ejecución continuada o periódica, y respecto a estos últimos sin importar que el cumplimiento no se haya iniciado todavía o esté parcialmente verificado (pero no concluido). Ahora bien, como no debe confundirse contrato de ejecución única (o de tracto simple) con contrato de ejecución instantánea, pues cabe que el contrato que se ejecuta con una *solutio* única sea, empero, a término o de ejecución diferida (el primer carácter hace referencia a la forma de ejecución, el segundo al momento de la misma) no es correcta totalmente la afirmación, hecha por GARCIA-AMIGO, de que no se da realmente la cesión en los contratos cuyo cumplimiento es coetáneo o próximo a su perfección, ya que en su corta vida no se plantea el problema del cambio de sujetos.⁴⁴ Y no es totalmente correcta, pues si bien se puede convenir que no es susceptible de cesión el contrato de ejecución inmediata (o coetánea, como lo llama él), no puede predicarse lo mismo en relación al contrato de ejecución diferida, sin importar que tal aplazamiento sea más o menos próximo. Al hacer equivalentes cumplimiento

⁴⁴ GARCIA-AMIGO, *ob.cit.*, p. 246.

coetáneo y cumplimiento próximo está fundiendo en una sola categoría dos especies contractuales netamente separables: el contrato de ejecución inmediata y el contrato de ejecución diferida.

¿Y la causa del contrato de cesión? La doctrina está de acuerdo en que la cesión de contratos supone un negocio jurídico causal, pero en lo que no hay unanimidad es en el señalamiento de cuál sea la causa *in concreto* del mismo. Veamos algunas posiciones:

Según CARRESI la cesión del contrato no tiene una causa suya, individual, constante e inmutable, como sucede en los contratos nominados o típicos, sino que en cada caso tiene la causa del particular contrato que se transfiere (contrato base). La razón de ello estriba en que el contrato de cesión, aun siendo distinto del contrato base, asume su misma función, esto es, persigue el mismo fin económico-jurídico que el contrato con prestaciones recíprocas que constituye su punto de referencia objetivo. Por tanto, la causa de la cesión del contrato no puede determinarse *a priori* y en forma general, sino que habrá de recurrirse para su fijación a indagar cuál sea la causa, caso por caso, del particular contrato objeto de la cesión.⁴⁵

Por su parte, GALVAO TELLES, partiendo de considerar el contrato de cesión como de naturaleza mixta (contrato bifronte o de doble tipo), estima que su causa debe buscarse a través de la reciprocidad o compensación producida por el juego de las ventajas y sacrificios derivados del mismo. El contrato es a la vez una cesión onerosa de créditos y una asunción onerosa de deudas; se asumen las deudas propias del contrato que se transmite a manera de contraprestación por el beneficio que supone adquirir los créditos implicados en el mismo, y a la inversa ("cedo los créditos para liberarme de las deudas y asumo las deudas porque percibo los créditos"). Ahí radica la causa, ella no es otra que la misma del contrato base. Ahora bien, como puede suceder que, por una u otra razón, para el momento de la transmisión de la relación contractual no exista paridad o equilibrio económico entre créditos cedidos y deudas asumidas, tendrá lugar alguna de estas dos situaciones: o bien se establece una prestación complementaria para remediar semejante desequilibrio, en cuyo caso la causa continúa siendo onerosa, o bien no se exige tal prestación complementaria, en cuyo caso, al "insinuarse un elemento de gratuidad", la causa viene a ser en parte gratuita y el contrato de cesión se convierte en *negotium mixtum cum donatione*. En suma, pues, la causa del contrato de cesión descansa en la del contrato

⁴⁵ CARRESI, *ob. cit.*, p. 54.

cedido, sus características se obtienen al liquidar las prestaciones de éste, al someterlas a balance y comparación.⁴⁶

La posición de CARRESI se puede rebatir con facilidad si se considera que la causa, en cuanto función económico-jurídica que el contrato cumple (el porqué del contrato) por cuya virtud cada parte se obliga a realizar la prestación, es siempre constante e inmutable para cada contrato con independencia de las concretas partes contratantes y de la intención personal de las mismas. Todo contrato debe tener su propia causa, peculiar y exclusiva de él, que sirve para diferenciarlo de todos los otros, y además una causa sola; y esto vale tanto para los contratos nominados como para los innominados (como es el de cesión entre nosotros y en la mayoría de los ordenamientos positivos), lo único que sucede es que mientras en los primeros la causa es fijada por la ley en los segundos (al carecer de disciplina particular en la ley) la causa es fijada por las partes o por los usos que en el tráfico ordinario se hayan creado en torno a ella. "Pero el hecho de que en el contrato innominado la causa tenga este origen diverso —nos dice MESSINEO—, no significa que ella deje de ser aquel elemento objetivo y constante que es, cuando el contrato es nominado, o que pueda haber un contrato innominado sin una causa que le sea propia".⁴⁷ El contrato innominado (y, por tanto, el de cesión) debe tener también, si se quiere que exista como contrato, una causa determinada, propia y exclusiva de él.

Y en realidad esto es lo que sucede con el contrato de cesión, el cual tiene su propia causa, constante e independiente de la causa del contrato base: la transferencia de la relación contractual cedida a un nuevo sujeto. Sin esta causa singular y específica ni siquiera podría hablarse de cesión negocial de los contratos.

Bien es verdad que el contrato de cesión viene dado en razón de un previo contrato, que sirve para hacer circular los efectos jurídicos de otra relación contractual, que es un contrato para el contrato (y en tal sentido quizá podría hablarse, creemos, de su función adjetiva o instrumental), pero ello no obsta, antes bien ahí radica precisamente la justificación, a que esté destinado a conseguir un fin económico-social concreto (la sustitución subjetiva en el contrato base) que es siempre distinto y diferenciable del fin que el contrato cedido persigue. Por ello la afirmación de CARRESI de que el contrato de cesión, aún siendo estructuralmente distinto, asume la misma función que el contrato base es sencilla-

⁴⁶ GALVÃO TELLES, *Cessão do contrato*, en *Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, 1949, pp. 164 y ss.

⁴⁷ MESSINEO, *ob.cit.*, I, p. 394.

mente una contradicción *in terminis*, pues si su causa es la misma no cabe sostener su existencia autónoma, en razón de que la causa es precisamente el elemento contractual caracterizador y diferenciador de los contratos entre sí. Si se quiere sostener la dualidad negocial que implican contrato cedido y contrato de cesión, y esto no parece que lo niegue nadie, debe partirse, pues, como de un *a priori*, de que uno y otro tienen una causa suya, exclusiva e inconfundible: la del primero vendrá dada por el fin objetivo que está destinado a cumplir, la del segundo por la entrada de un extraño como parte contractual en un contrato anterior en cuya conclusión no intervino que a su través se persigue y logra. Afirmar que puede haber contrato de cesión sin causa propia es una imposibilidad jurídica, pues equivale a decir que puede existir contrato sin uno de sus elementos constitutivos o esenciales (art. 1.141 C.C.); el pretendido contrato de cesión sin causa suya y caracterizadora no pasa de ser una mera ilusión, un espejismo.

Estas consideraciones sirven en parte también frente a la construcción que del elemento causal hace GALVA TELLES. Este autor arranca de una base incorrecta: la de considerar que en el contrato oneroso se da un perfecto equilibrio económico entre prestación y contraprestación, una reciprocidad absoluta de ventajas y sacrificios, cuando sabido es que lo que caracteriza a dicha variedad contractual es tan sólo que prestación y contraprestación se encuentra en relación de equivalencia subjetiva (esto es, que cada una de las partes sufre un sacrificio patrimonial en correspondencia a la ventaja también patrimonial que percibe), sin que se precise que tal relación de equivalencia sea objetiva o económica. Antes bien, lo normal es que las prestaciones sean, desde el punto de vista económico, desiguales, porque, en definitiva, lo que mueve a las partes a contratar es la recíproca consideración de que para cada una de ellas la ventaja "vale más" que el sacrificio, se asumen las deudas porque se juzga que semejante carga queda suficientemente cubierta y superada (en el ámbito patrimonial) por los créditos que en contrapartida se adquieren.

Si el punto de arranque está viciado, viciadas deben estar también las conclusiones. La tesis del autor portugués de que cuando no exista exacto equilibrio económico entre las prestaciones del contrato cedido se establecerá una prestación complementaria, que mantendrá el carácter oneroso de la causa, o bien se prescindirá de dicha prestación, convirtiéndose la cesión en un negocio mixto *cum donatone*, aparte de dar lugar una duplicidad de causas (la del contrato base y la complementaria) para el contrato de cesión, lo cual ya sabemos no pueda ser, pues todo contrato tiene una sola causa y cuando nos hallamos frente a una pluralidad de causas es consecuencia obligada la de que bajo el

pretendido contrato unitario se esconden varios contratos distintos (tantos cuantas causas),⁴⁸ conduce casi inevitablemente a identificar y confundir la causa del contrato cedido y la causa del contrato de cesión, lo cual ya se ha visto es imposible si se quiere mantener la existencia autónoma del negocio de cesión.

Como resalta la mejor doctrina, al considerar la causa del contrato de cesión hay que prescindir del contrato base si se quiere configurar con nitidez la figura que se estudia. Sin duda que la relación económica entre las prestaciones del contrato cedido será tomada en cuenta en el momento de la cesión, pero de ahí no puede ni debe derivarse que la causa del contrato de cesión se halle en semejante relación. "Claro es —advierte atinadamente GARCIA-AMIGO— que las partes tendrán en cuenta (y mucho) la disparidad económica entre las prestaciones y contraprestaciones contenidas en la relación contractual básica; pero será en un momento anterior a la declaración de voluntad, al instante de conclusión o perfección del negocio. Mas lo que inmediatamente quieren, la causa jurídica, la finalidad objetiva y permanente, la función económico-social, en definitiva, que la cesión realiza, es la transmisión de la titularidad contractual; y, a cambio de esto, se pagará una contraprestación, o se hará con ella una donación. Pero en ambos casos la causa es única y distinta de la del contrato base: aquí se crea; en la cesión, se transmite".⁴⁹ O si se quiere, en palabras de VALLS TABERNER, el juego de contraprestaciones del contrato cedido será una noción económica que afectará al móvil impulsivo (mero elemento subjetivo) pero no a la causa del contrato de cesión en sentido técnico (elemento objetivo del contrato independientes de la voluntad de los contratantes y distinta del mo-

⁴⁸ Ello nos llevaría, como le sucede a GALVAO TELLES, a tener que admitir que en la cesión de contratos se da un doble contrato: la cesión de créditos y la asunción deudas, ambas a título oneroso; contra la opinión dominante en la actualidad que ve en la cesión de contratos un negocio unitario, por cuya virtud no se opera la transferencia singular de concretos derechos y de concretas obligaciones sino la transferencia integral de todos los elementos activos y pasivos del contrato (la relación contractual como un todo o unidad compleja). Valga en tal sentido, por ejemplo, la siguiente definición de ANDREOLI: "La cesión de contrato (presupuesto este último como bilateral, al menos en la configuración típica de la figura), es el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia negocial a un tercero (llamado cesionario) del conjunto de posiciones contractuales (entendido como resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente interdependientes), constituida en la persona de uno de los originarios contratantes (llamado cedente); de tal forma que, a través de esa sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente"; *ob.cit.*, pp. 2-3.

⁴⁹ GARCIA-AMIGO, *ob.cit.*, pp. 357-358.

tivo, aunque por tal se entienda el motivo último o fundamental en el proceso de fijación de la voluntad contractual).⁵⁰

Podemos concluir, pues, en relación al punto tratado que en cuanto contrato cedido y contrato de cesión constituyen dos contratos cada uno con su propia vida y autonomía existencial, cada uno también, obviamente, debe tener su propia y peculiar causa, consistiendo la del segundo en la transmisión a un tercero de la relación contractual (tercero que subentra global y unitariamente en la posición de parte contractual sustituyendo a uno de los originarios contratantes). El hecho de que medien o no entre cedente y cesionario prestaciones complementarias no afecta en nada la sustancia de la causa del contrato de cesión, la cual permanecerá siempre siendo la misma; lo único que sucede es que dicha causa, constante e inmutable, se calificará, según los casos, de gratuita u onerosa. No es, pues, como dice GARCIA-AMIGO, que la cesión de contratos sea un negocio con causa variable (frase que sin mayor precesión contradice sus anteriores aseveraciones correctas), sino que la causa del contrato de cesión, al ser el mismo innominado, puede presentarse, siendo la misma siempre, como onerosa o gratuita según cual sea la conformación que a dicho contrato se dé.

4. CESION DE CONTRATO Y FIGURAS AFINES

Estudiada en las líneas anteriores la estructura típica del negocio de cesión, no supone mayores problemas su neta diferenciación de otras figuras jurídicas que presentan, a primera vista, un contenido parecido o que cumplen una función económico-social aparentemente similar. Por ello no vamos a dedicar mayor extensión a este apartado.

Sí deben, empero, hacerse ciertas advertencias previas y delimitadoras. En primer lugar que, como se ha visto, la genuina y propia cesión implica la conclusión de un nuevo contrato, distinto al cedido, entre una de las originarias partes (cedente) y el tercero que va a entrar en la relación (cesionario), en cuyo caso es requisito imprescindible el asentimiento del contratante que permanece (cedido), o entre los tres sujetos interesados en la mutación subjetiva contractual (contrato plurilateral), por lo que no deben considerarse casos de verdadera cesión aquellos en que el contrato se traspasa en su integridad a un nuevo sujeto, sin la participación de la voluntad de los dos contratantes primitivos, bien en virtud de un acto unilateral bien en base a

⁵⁰ VALLS TABERNER, *ob.cit.*, p. 63.

una disposición legal (MESSINEO habla en tales supuestos de cesión impropia; ya se ha visto que la mayoría de los recogidos en nuestro ordenamiento positivo lo son de este tipo). En segundo lugar que aunque la cesión de contrato supone, en principio y como directriz general, la intervención de los tres centros de intereses que por la misma resultan afectados patrimonialmente, hay algún caso esporádico en que, entendiendo la ley que los intereses del cedido quedan atendidos de manera suficiente por las garantías en ella previstas, basta para la sustitución subjetiva en el contrato el simple acuerdo al respecto entre cedente y cesionario sin participación de aquél (es lo que sucede, por ejemplo, en nuestro Derecho con la cesión de cartera por las empresas de seguros, en la que no hay declaración de voluntad de los asegurados pero se exige como requisito previo, orientado a la protección de los mismos, la autorización de la Superintendencia de Seguros).⁵¹ Y ya podemos pasar a las concretas diferencias:

A. Cesión de contrato y cesión de crédito

La distinción entre la cesión negocial de crédito y la de contratos es neta. La primera supone tan sólo la transmisión a un tercero de la titularidad activa de la relación obligatoria, mientras que la posición pasiva, si existe, continúa inmutada entre los primigenios sujetos.

Es decir, en la cesión de créditos la relación contractual permanece siempre, pese a la cesión, entre los primitivos contratantes, porque la transferencia al cesionario de la posición de acreedor no altera en forma objetiva los débitos del cedido (a los que sólo imprime un cambio de dirección subjetiva en su cumplimiento), ni produce nuevas obligaciones respecto al cesionario, ni supone que el cedido venga obligado a cumplir en caso de que el cedente no cumpla los débitos a su cargo. Por ello se explica que en la cesión de crédito siendo indiferente al deudor cedido, por las consecuencias apuntadas, quién sea en concreto el acreedor, no haga falta su asentimiento para la eficacia de la misma.

Por el contrario, en la cesión de contrato al tercero pasa el contrato en su integridad; el cesionario sustituye al cedente en la condición de parte contractual, correspondiéndole, como conjunto unitario, todos los elementos activos y pasivos implicados en la

⁵¹ Según el artículo 73 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros: "La Superintendencia de Seguros autorizará la cesión de cartera cuando los bienes transferidos por la empresa cedente sean técnicamente suficientes para la cobertura de los riesgos o cuando la empresa cesionaria cubra con activos disponibles suficientes las diferencias, si las hubiese".

misma y dando lugar a la liberación de aquél de los efectos jurídicos dimanantes de la relación contractual transferida. Ahí radica la justificación de que se exija imprescindiblemente, en principio, la aprobación del contratante que permanece en la relación para la eficacia de la cesión.

B. *Cesión de Contrato y asunción de Deuda*

Valga lo mismo que se acaba de decir, pero en sentido inverso, a propósito de la cesión de créditos. Aquí también hay cambio de un sujeto por otro en la posición pasiva de la relación obligatoria, permaneciendo inalterada la posición activa. Se cambia la persona del deudor, pero la relación contractual subsiste entre los primitivos contratantes, a diferencia de lo que sucede en la cesión de contrato en la que el tercero sucede al cedente en su propia calidad de contratante respecto a la contraparte, subentrando en la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato cedido.

Sin embargo, la asunción de deuda, lo mismo que la cesión de contrato, al no serle indiferente al acreedor la persona contra quien deba dirigir su crédito, precisa para su plena eficacia de la aprobación de aquél.

C. *Cesión de contrato y doble negocio de cesión de crédito y asunción de deuda*

La diferencia también es clara y ya se ha visto con detenimiento en las páginas anteriores.

Mediante ese doble negocio se podrá obtener el traspaso a un tercero por parte de uno de los originarios contratantes de todos los créditos y deudas emanados de la relación contractual, pero nunca se logrará el traslado total e íntegro de esta última, pues los derechos potestativos de ella derivados y las facultades inherentes a la condición de parte contratante continuarán vinculados a la persona del cedente. Aparte de que la cesión de contratos es un negocio jurídico unitario frente a la dualidad negocial que caracteriza a la otra figura.

D. *Cesión de contrato y novación subjetiva*

La novación subjetiva supone la sustitución de uno de los originarios sujetos de la relación obligatoria por otro nuevo ya en el lado activo ya en el lado pasivo de la misma; ahora bien, mientras semejante sustitución acarrea en la novación la extin-

ción de la relación preexistente y su reemplazo por otra nueva (sustitución subjetiva económica pero no jurídica), en la cesión de contrato la relación permanece o subsiste idéntica pese al cambio de sujeto operado (sustitución subjetiva económica y jurídica). Aparte de que la novación se predica respecto a los particulares vínculos obligacionales mientras que la cesión de contrato actúa con referencia a la relación contractual entera (como complejo unitario de elementos activos y pasivos).

Pudiera pensarse que la distinción se esfuma, o al menos se hace más difícil, cuando en lugar de operar la novación activa o la pasiva juegue la novación a través de la denominada doble delegación (supuesto en el que la modificación subjetiva de la relación obligatoria tiene lugar tanto en su titularidad activa como en la pasiva); sin embargo, no ocurre tal, pues aparte de provocarse en este caso como en el anterior la extinción de la relación novada (cosa que no sucede con la cesión) y de no pasar al nuevo sujeto los derechos, facultades y deberes fundados e inherentes a la posición de parte contratante, resulta que, como advierte MESSINEO, para la delegación doble son necesarios dos actos (y no uno solo como para la cesión del contrato), además con la delegación doble subentran dos nuevos sujetos (pasivo y activo), en tanto que con la cesión de contrato sólo un sujeto nuevo viene a participar en el lado pasivo y en el lado activo del contrato y de la relación obligatoria, mientras que el otro sujeto (contratante cedido) no cambia.⁵²

E. Cesión de contrato y accesión en el contrato

De la misma manera que la genuina asunción de deuda, que importa la liberación del anterior deudor, es algo distinto y debe separarse de la hipótesis en que un nuevo deudor se coloca junto al deudor originario respondiendo solidariamente con él, esto es sin liberarlo (accesión en la deuda, adhesión a la deuda, delegación cumulativa o imperfecta, asunción cumulativa o confirmativa de deuda, etc.), la cesión de contrato propia, que da lugar a la salida total del cedente y, por tanto, a su liberación completa en relación con el contratante cedido, hay que diferenciarla de la situación que se produce cuando la entrada del nuevo contratante no acarrea la liberación del cedente, sino que ambos se constituyen en deudores solidarios de las obligaciones resultantes de la relación contractual o bien éste resulta nuevamente responsable en caso de que aquél no cumpla las obligaciones asumidas. En tal supuesto, previsto en el Código italiano aunque como excepcio-

⁵² MESSINEO, *ob.cit.*, II, p. 246.

nal,⁵³ no tiene lugar realmente una verdadera cesión de contrato (sustitución de uno de los contratantes por un tercero que lo reemplaza totalmente en su posición contractual), sino más bien, con terminología germánica, una accesión en el contrato, en la que, señala LARENZ, el accedente o entrante se hace deudor solidario en las obligaciones derivadas de la relación obligatoria (contractual, en nuestra dicción), dependiendo de la relación jurídica existente entre la parte contratante originaria y la entrante el que se quede como acreedor mancomunado o solidario.⁵⁴ En un caso colocarse en lugar de..., en el otro colocarse al lado de...

F. Cesión de contrato y subcontrato

Por subcontrato (o contrato derivado) se suele entender aquel contrato de contenido igual al del contrato de que deriva (contrato base); es decir, constituye una manifestación del fenómeno jurídico denominado sucesión constitutiva, ya que en su virtud del derecho atribuido por el contrato base se desprende un nuevo derecho (que no implica su extinción aunque sí lo restringe), de estructura idéntica aunque, de ordinario, de menor contenido económico.⁵⁵

En base a ello podemos distinguir ambas figuras en razón de que mientras el subcontrato genera un nuevo derecho, la cesión supone la transferencia al cesionario del mismo derecho que pertenece al cedente y, como consecuencia, mientras ésta, por dar lugar a una sucesión traslativa, releva al cedente de los efectos jurídicos derivados del contrato cedido, aquél que provoca una sucesión constitutiva, deja inalterada las relaciones que nacieron del contrato base. La cesión de contrato ocasiona la sustitución de una de las partes originarias, el subcontrato, por el contrario, mantiene el contrato entre las partes que inicialmente lo concluyeron.

Aparte de que mientras el contrato de cesión es estructuralmente distinto del contrato base, el subcontrato posee la misma na-

⁵³ Dispone su artículo 1.408: "El cedente queda liberado de sus obligaciones hacia el contratante cedido desde el momento en que la sustitución resulta eficaz respecto de éste. Sin embargo, el contratante cedido, si hubiese declarado que no libera al cedente, podrá accionar contra éste cuando el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas. En el caso previsto por el párrafo precedente, el contratante cedido deberá dar noticia al cedente del incumplimiento del cesionario, dentro de los quince días desde que se verificó el incumplimiento; en su defecto quedará obligado al resarcimiento del daño".

⁵⁴ LARENZ, *ob.cit.*, I, p. 490.

⁵⁵ BACCIGALUPI, *Appunti per una teoria del subcontratto*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1943, I, pp. 181 y ss.

turalidad que éste, y de que siendo el primero de ejecución única (tracto único), el segundo es de ejecución continuada (tracto sucesivo).

G. Cesión de contrato y contrato por persona a nombrar

Según ENRIETTI, contrato por persona a nombrar es aquel que se celebra con la reserva de señalar o designar en el futuro la persona que adquirirá y asumirá, como parte contratante, los derechos y obligaciones derivados del mismo.⁵⁶

Esta modalidad contractual produce sus efectos de manera inmediata entre estipulante y promitente, mas una vez hecha la declaración de nombramiento, la persona designada adviene con efecto retroactivo a la condición de parte contratante tal cual si el contrato se hubiere concluido por ella; por el contrario, si falta la designación (o si es inválida o hecha fuera de plazo), el contrato quedará firme, también con efecto retroactivo, entre las originarias partes contratantes. Por ello, dice acertadamente MESSINEO, que el contrato por persona a nombrar es en sustancia un contrato con sujeto alternativo y con efecto alternativo, resultando tal carácter alternativo de "la implícita inclusión de una condición resultoria con respecto a la adquisición del estipulante y, al mismo tiempo, de una condición suspensiva en relación a la adquisición por parte de la persona a determinar".⁵⁷

La distinción de esta figura con la cesión de contrato es neta, pues en ella no hay transferencia de la posición contractual ni sustitución de uno de los contratantes por un tercero que ocupa su lugar, ya que, hecha la designación, el sujeto nombrado es considerado a todos los efectos y *ex tunc* como si él mismo hubiera concluido el contrato, mientras que el originario estipulante se esfuma de la relación estimándose que nunca participó en ella. No hay, pues, adquisición derivativa, sino originaria.

H. Cesión de contrato y contrato a favor de tercero

Contrato a favor de tercero es aquel que atribuye en forma directa y autónoma un derecho a un tercero que no ha participado ni directa ni indirectamente en su formación y conclusión.⁵⁸ Pues bien, la doctrina suele entender que tal derecho adquirido por el tercero no puede considerarse como propio del que estipuló el contrato y cedido luego al tercero o simplemente ejercido por

⁵⁶ ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Turín, 1950, p. 3. Cf. también SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milán, 1952.

⁵⁷ MESSINEO, *ob.cit.*, I, p. 280.

⁵⁸ Cf. PACCHIONI, *Contratos a favor de tercero*, Madrid, 1948, p. 18.

éste en lugar de aquél, sino que le corresponde desde el instante mismo en que se perfeccionó la figura contractual que se considera.

En base a esto la separación es patente, pues, aparte de que en la cesión de contrato el cesionario se subroga en todos los derechos y obligaciones del cedente, mientras que aquí el tercero se presente como adquirente tan sólo de derechos, la cesión es traslativa y en cambio el contrato a favor de tercero es constitutivo, lo que supone, amén de la distinta eficacia de una y otro en relación a la permanencia de las primitivas partes contratantes, que en la primera hace falta la preexistencia de la relación contractual cedida cosa que no sucede en el segundo.

Y ya podemos poner fin a este afanoso trabajo señalando como conclusión que la cesión de contrato no es sino una manifestación concreta del mecanismo sucesorio general, que importa una auténtica y genuina sucesión a título particular y por acto entre vivos en el contrato, dispuesta por la voluntad de los interesados (cesión negocial o *ex voluntate*), en cuanto un tercero subentra en la posición de parte contractual, reemplazando o sustituyendo a uno de los contratantes originarios en la titularidad activa y pasiva de la totalidad (como conjunto unitario) de las relaciones jurídicas derivadas de la relación contractual transferida.

BIBLIOGRAFIA

- ANDREOLI, *La cesión del contrato*, Madrid, 1956.
- BACCIGALUPI, *Appunti per una teoria del subcontratto*, en *Rivista di diritto commerciale*, I, 1943.
- BARASSI, *Teoría generale delle obbligazioni*, Milán, 1948.
- BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, Milán, 1948.
- BETTI, *Teoría generale delle obbligazioni o dei contratti*, II, Milán, 1955.
- CARRESI, *La cessione del contratto*, Milán, 1950.
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, IV, Madrid, 1956.
- CASTAN TOBEÑAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963.
- COSSIO, *La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, Madrid, 1945.
- CRISTOBAL-MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964.
- CRISTOBAL-MONTES, *La venta de herencia*, Caracas, (en prensa).
- DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912.
- ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1939.
- ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Turín, 1950.
- FERRARA (jr.), *Per una disciplina legislativa delle cessione del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1941.
- GALVAO TELLES, *Cessao do contrato*, en *Revista de Direito da Universidad de Lisboa*, 1949.

- GARCIA-AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964.
- GONZALEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas, en Estudios jurídicos de arte menor*, I, Pamplona, 1964.
- LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958.
- MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, III - 4º, Buenos Aires, 1962.
- MESSINA, *Negozi fiduciarii*, Milán, 1910.
- MESSINA, *Diritti potestativi*, en *Nuovo Digesto italiano*, IV, 1938.
- MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, I-II, Buenos Aires, 1952.
- MOSSA, *Vendita di contratto*, en *Rivista di diritto commerciale*, II, 1928.
- NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1934.
- PACCHIONI, *Contratos a favor de tercero*, Madrid, 1948.
- PULEO, *La cessione del contratto*, Milán, 1939.
- SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milán, 1952.
- VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955.
- VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934.
- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, Turín, 1930.