

**CESIÓN DE POSICIÓN
CONTRACTUAL**

Mario Carrer

**CESIÓN DE POSICIÓN
CONTRACTUAL**

**Premio Dalmacio Vélez Sársfield
Tesis sobresalientes**

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA
2000**

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen XIX

Ilustración de Tapa: reproducción de la pintura del
Sr. Gwili Roberts, obra donada a la escuela
Dalmacio Vélez Sársfield de Arroyito, Córdoba.

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS

Copyright © 2000, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba

Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

Impreso en la Argentina - Printed in Argentina

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 1998 - 2001)

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

Dr. OLSEN A. GHIRARDI
Vicepresidente
Director de Publicaciones

Dr. RICARDO HARO
Secretario

Dr. ERNESTO REY CARO
Tesorero

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: acader@arnet.com.ar

REPÚBLICA ARGENTINA

Córdoba, 2 de mayo de 2000

VISTO:

La resolución de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por la cual se crea el Premio «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes» aprobada sin observaciones y por unanimidad en Sesión Ordinaria del 14 de marzo ppdo.;

Y CONSIDERANDO;

Que en cumplimiento con lo dispuesto en el punto 7 de la referida Resolución la Academia integrará un jurado formado por siete académicos y con las condiciones allí establecidas;

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

RESUELVE:

Art. 1º.- Integrar el Jurado que entenderá en el Premio «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes» con los siguientes Académicos: Dr. Juan Carlos Palmero (Civilista); Dr. Efraín Hugo Richard (Comercialista); Dr. Ricardo Haro (especialista en Derecho Público); Dr. Justo Laje Anaya (Penalista), Dr. Olsen Ghirardi (Director Publicaciones); Dr. Ernesto Rey Caro (Tesorero) y Dr. Luis Moisset de Espanés (Presidente).

Art. 2º.- Comuníquese y archívese.

Ricardo Haro
Secretario

Luis Moisset de Espanés
Presidente

Córdoba, 15 de mayo de 2000

VISTO:

El dictamen final emitido en fecha 12 de mayo del corriente año, por el Jurado del Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes».

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo al texto del referido dictamen, sus siete (7) miembros integrantes han coincidido, sin discrepancias, y de acuerdo al punto 9) del Reglamento, en que es pertinente acordar el Premio a los cuatro postulantes.

Por lo dicho y en uso de sus atribuciones, el Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba;

RESUELVE:

1°.- Adjudicar el Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes» años (1997-2000) por los trabajos que se indican a continuación; a los doctores Armando S. Andruet (Universidad Católica de Córdoba), por su trabajo «Deontología del derecho -Abogacía y abogados- Estado actual de la cuestión»; Mario Carrer (Universidad Nacional de Córdoba), por su trabajo «Cesión de posición contractual»; Carlos Egües (Universidad de Mendoza), por su trabajo «Mariano Moreno y las ideas político-constitucionales de la época» y a Emilio Vázquez Viera (Universidad de Mendoza), por su trabajo «El proceso subversivo en la Argentina a través de la bibliografía nacional. Origen y evolución 1955-1975».

- 2°.- Fijar el día 4 de julio próximo para el acto de entrega de los diplomas que acreditan la distinción.
- 3°.- Comunicar a los galardonados la presente resolución.
- 4°.- Dése a publicidad y archívese.

Luis Moisset de Espanés

Presidente

1. INTRODUCCIÓN

Ubicación del tema

La cesión de contrato se enmarca en el fenómeno de la modificación de la relación obligatoria.

Esta modificación puede referirse tanto al contenido de la obligación, la prestación que constituye su objeto, como también a la sustitución de los sujetos que quedan vinculados a través de esa relación jurídica.

Nos interesa específicamente este último aspecto, esto es la modificación subjetiva del vínculo obligacional en general y del vínculo contractual en particular.

Desde temprano fue admitida en forma generalizada la transmisión de la relación jurídica en los casos de sucesión *mortis causa*.

Mucho más recientemente, cuando se despersonaliza el vínculo obligacional, se comienza a admitir la sustitución de la persona por acto entre vivos, comenzando por la parte activa de la obligación. Así, cuando se logra hacer abstracción de esta faz de la relación jurídica, nace la cesión de créditos o mejor denominada cesión de derechos ¹.

¹ Esta concepción ha sido desarrollada de manera más clara y precisa en los sistemas semejantes al nuestro y en los países europeos, no así en el derecho anglosajón. En el *common law* el derecho derivado de un contrato sólo podía transferirse imperfecta-

Los derechos de crédito, al igual que los demás, suponen un nacimiento, un período de vida y una extinción.

Entre su nacimiento y su extinción estos derechos tienen una vida más o menos duradera, según los distintos tipos de crédito y una característica no exclusiva, que es su temporalidad, que señala su distinción con los derechos reales.

Durante este tiempo de vida, estos derechos pueden permanecer inalterados o experimentar modificaciones que afecten a cualquiera de sus elementos constitutivos.

Estas modificaciones, según el elemento que afecten, pueden clasificarse en objetivas o subjetivas.

En el primer caso se altera el objeto de la obligación, como sucede en las hipótesis de fraccionamiento en el pago, cambio de lugar de cumplimiento, etc..

En el segundo supuesto afecta ya sea al titular activo, ya sea al pasivo o a ambos sujetos de la relación.

En el caso de las modificaciones subjetivas, estas alteraciones pueden concretarse: a) variando el número de sujetos, como cuando se agregan o eliminan al vínculo otras personas, como en los supuestos de adición o supresión de garantías; b) sustituyendo a los sujetos de la relación cuando ingresa a la relación otra persona ocupando la misma posición que la anterior. En este caso se denomina a la modificación «transmisión» o, si se trata de la posición obligatoria activa, «cesión», cuando ocurre negocialmente o «subrogación» cuando tiene lugar por virtud de la ley. En cambio si la sustitución es del elemento pasivo de la relación se la denomina «asunción».

mente, de manera que el cesionario (*assignee*) debía requerir del cedente (*assignor*) un poder para poder demandar al deudor cedido en nombre y representación del cedente. Esta postura fue superada a comienzos del siglo XVII sobre la base de invocar la equidad. Se hacen distinciones en esta materia según existan condiciones o no para la cesión y se pone atención a la cuestión de la «*consideration*» (cuya traducción más cercana es «causa» como justificación de la obligación, sobre la base de una contraprestación), dejando de lado, naturalmente, las cesiones a título gratuito. *Cheshire and Fifoot*'s. «Law of contract», Ninth edition by M.P. Furmston. Butterworths, London, 1976, pág. 494 y ss..

Esta modificación de la relación obligacional a través de la sustitución de los sujetos de la relación no es otra cosa que una forma de sucesión, a título singular, entre vivos y contractualmente causada.

Y en el caso de obligaciones que nacen de un contrato, su transmisión puede hacerse sustituyendo la persona que encarna al sujeto activo o la del pasivo de una relación obligatoria simple. Pero también puede transmitirse la titularidad de la calidad de parte en el contrato, dando lugar a una sucesión en la posición jurídica de doble signo, activo y pasivo a la vez.

Las formas más usuales que la técnica jurídica ha creado para realizar estas posibilidades son:

- a) Formas de transmisión activa:
 - 1) *Cesión de créditos* (contractualmente producida).
 - 2) *Subrogación personal* (legalmente causada).

- b) Formas de transmisión pasiva (asunción de deudas):
 - 1) *Delegación privativa* (receptada en el art. 814 de nuestro Código Civil).
 - 2) *Expromisión privativa* (receptada en el art. 815 del Código Civil) ².

- c) Formas de transmisión activo-pasiva:
 - 1) *Doble negocio de asunción de deuda y cesión de crédito*.
 - 2) *Cesión de contrato o de relación contractual sinalagmática* ³.

² Coincide en este punto Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, en el trabajo sobre «Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas.», publicado en La Ley, t. 1990-D, pág. 327, donde sostiene que en esta materia nuestro Código Civil ha seguido al derecho francés, lo que puede corroborarse en las notas, al citar como fuente los arts. 1275 y 1274 del Código francés.

³ Manuel GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el derecho español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964. pág. 76. En donde se cita al Prof. Reichel, quien entiende que en un contrato sinalagmático es concebible un cambio posterior de las partes

Esta última forma de transmisión de la posición activa y pasiva de una relación contractual, que aparece como uno de los últimos peldaños en la escala de la evolución de esta materia relacionada con la transmisión de derechos y obligaciones es lo que constituirá el objeto de este trabajo.

de la siguiente manera: a) como asunción de deudas; b) como cesión de créditos; c) como posibles combinaciones de la cesión de créditos con la asunción de deudas y d) como cesión de contrato, ya sea unilateralmente o por ambas partes contratantes.

2. DENOMINACIÓN

Clásicamente, si es que puede utilizarse esta expresión en una institución relativamente nueva como la que nos ocupa, este negocio jurídico ha sido denominado como «cesión de contrato»¹.

Esta denominación se hace necesaria para distinguir la figura del traspaso de los derechos y obligaciones emergentes de un contrato bilateral, cuando superada la etapa en que se debía recurrir a la cesión de derechos y a la asunción de obligaciones para lograr ese efecto, se comienza a considerar a la «cesión de contrato», entendida como una institución o forma contractual autónoma y unitaria, a través de la cual se pueden lograr aquellos efectos buscados.

Pero un examen crítico de esta nomenclatura nos lleva a pensar en su incorrección.

Incorrección por la falta de precisión y transparencia, cualidades deseables en la descripción o identificación de todo concepto jurídico².

¹ M. ANDREOLI, *La cesión del contrato*, Trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 1; Manuel GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el derecho español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, pág. 79; Laurent AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques a trois personnes*, París, Ed. Economica, Collection Droit Civil, 1984, pág. 7, etc..

² En semejante postura crítica se ubica el Prof. José Beltrán de Heredia, al prologar la obra de García Amigo sobre la institución. En este sentido sostiene que la denominación

En efecto, no puede considerarse al contrato como una cosa o una mercancía que se cede o transmite. El negocio jurídico importa una abstracción que no admite su cesión lisa y llana. Se trata de una operación evidentemente más compleja ³.

Ello así porque el acuerdo de voluntades que constituye la esencia del contrato no puede transmitirse. Los que sí pueden transmitirse son los derechos y obligaciones que nacen de tal acuerdo. Y cuando esta transmisión se efectúa de manera integral, comprendiendo el complejo derivado de una relación jurídica bilateral, hemos puesto la mira en la figura bajo examen.

Específicamente, lo que realiza el instituto es la sustitución en un tercero (cesionario) de la posición jurídica de uno de los contratantes (cedente).

De allí que en la regulación de la figura por parte de la legislación que la ha receptado, emplea en varios casos una terminología distinta a la primitiva expresión «cesión de contrato». A saber: el Código Civil Italiano, si bien al Capítulo respectivo (el VIII) le denomina «De la cesión del contrato», en el arti-

«cesión de contrato» induce a equívocos, pues hace pensar que se considera al contrato como una simple cosa o mercancía que se cede o transmite, cuando la verdad es que se trata de una pura abstracción que no consiste sino en un acuerdo de voluntades que, como tal, no es susceptible de transmisión, salvo en lo que se refiere a los derechos y obligaciones nacidos del mismo y que ya tienen sus medios propios de transmisión en la ley. Por otra parte, conduce al error de estimar que lo que se intenta ceder es la totalidad del contrato en bloque, mientras que la realidad por lo general es que sólo se contempla la cesión de los efectos contractuales de una de las partes, continuando intacto todo lo demás que no se cede.

³ Cfr. Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos S.A., 1979, pág. 828.; José BELTRÁN DE HEREDIA, en el prólogo citado, pág. XIX. Es de particular interés la opinión de LLAMBÍAS, vertida con motivo de un voto como juez de la Cámara Nacional Civil, en donde expresó: «Cuando se habla de cesión de contrato no se usa una terminología científicamente correcta. El contrato es una causa o fuente de obligaciones y como tal no puede ser objeto de transmisión sencillamente porque es un despropósito pensar que pueda estar en el patrimonio de las personas. Lo que está en el patrimonio de las personas son las obligaciones (créditos o deudas) derivados de los contratos que figuran en el activo o pasivo de los contratantes» (CNCiv., Sala «A», E.D., t. 2, pág. 392).

culado se advierte cómo se habla de la sustitución de una de las partes en el contrato o en la posición contractual. El Código Civil de Portugal de 1966 ya usa la denominación «Cesión de posición contractual», al igual que el Código Civil de Perú de 1984, que reitera la denominación (Título VII, a partir del art. 1435) e incluso en el Proyecto de unificación de la Comisión designada por decreto 468/92 se habla de «La cesión de posición contractual» (Capítulo III, Título IV de la Parte Segunda de la Sección Tercera del Libro Segundo). Pese a ello el C. Civil de Bolivia de 1976 (al titular el Capítulo VI que trata del tema) y el C. de Comercio de Colombia de 1971, han mantenido la denominación de «cesión de contrato».

Entendemos que la figura trata básicamente de la sustitución de una persona por otra en la relación contractual, de donde nos parece que la denominación más acertada desde un punto de vista idiomático sería la de «Sustitución en la posición contractual», que indica con la mayor claridad la esencia del negocio de que se trata y evita equívocos en el concepto de la institución.

Sustitución porque este término implica precisamente poner a una persona o cosa en lugar de otra, e indica más gráficamente el contenido del negocio que «cesión», que originariamente significa «renuncia de alguna cosa, posesión, acción o derecho, que una persona hace en favor de otra».

Pero también es cierto que la sustitución de una persona por otra en la relación contractual puede operarse, según ya veremos más adelante, tanto por vía negocial como por imperio de la ley. Y en este sentido el término sustitución tiene un significado más amplio, que podría comprender a ambas especies, mientras que cesión circunscribiría el contenido a la sustitución operada a través de un acuerdo de voluntades, siendo esto último lo que más interesa como objeto de estudio y regulación.

Desde otra óptica, como también hay que atender a la difusión que se ha dado ya a ciertos vocablos, que se consideran consagrados por la práctica, puede admitirse, como lo han hecho los códigos señalados, «cesión de posición contrac-

tual», denominación que cumpliría con tres objetivos o requerimientos: a) adhiere a la denominación más admitida por la doctrina y legislación actual; b) indica con mayor precisión el contenido del instituto, en cuanto pone énfasis en que es la posición contractual y no el contrato en sí mismo, lo que constituye el objeto de la transmisión; c) Enfatiza el carácter convencional del acto de que se trata.

En síntesis, nos parece que si bien «sustitución de la posición contractual» es una denominación acertada, como descriptiva del fenómeno que se lleva a cabo, en función de adecuarnos a la fórmula más generalizada y por cumplir con los objetivos que acabamos de señalar, entendemos que «cesión de posición contractual» resulta tan o más adecuada e incluso más difundida en la doctrina y en la legislación ⁴.

Fundamentalmente, como hemos señalado, cesión da la idea de transferencia voluntaria proveniente de un acuerdo, principal fuente del negocio que nos interesa destacar en este trabajo, mientras que sustitución comprende no sólo ello sino también la transmisión que se produce por imperio de la ley, al margen del consentimiento de los contratantes.

De allí que propugnamos la denominación de «cesión de posición contractual» para el instituto bajo examen.

⁴ Resulta de interés señalar que coincidente de alguna manera con esta postura pragmática adoptada en cuanto a la denominación, MIRABELLI, critica el término «cesión del contrato», por considerarlo impropio por cuanto, por una parte, está en contraste con la realidad, ya que el contrato como tal, tratándose de un hecho humano jurídicamente relevante no es susceptible de ser transferido y por la otra porque hace pensar en el contrato como una cosa, que puede ser transferida de uno a otro como una venta o como una permuta. Pero, agrega, no puede negarse que la locución, concisa y sugestiva, presenta con suficiente claridad el concepto de que lo que se transfiere de un sujeto a otro no es un crédito o una deuda o un derecho real, sino la compleja posición que un sujeto tiene asumida en una relación naciente en un contrato. (Giuseppe MIRABELLI, *Commentario del Codice Civile*. Libro IV, Tomo Secondo, Titolo II, Delle Obligazioni. Dei Contratti in Generale, terza edizione, Torino, Ed. UTET, 1980, pág. 420).

3. CONCEPTO Y UTILIDAD DE LA FIGURA

Para comprender la idea que encierra la figura que nos ocupa, es menester partir del punto que consiste en admitir que todos los derechos y todas las obligaciones que integran un contrato, cuya naturaleza no sea de carácter personalísimo, son susceptibles de ser transmitidos o transferidos.

Ya hemos dicho que superada la concepción personal e intransferible de la obligación y admitida la asunción de deudas, quedó expedito el camino para hacer posible la total cesión de la relación contractual.

Tal transferencia apunta a que circule y se transmita una relación contractual en su complejo o unidad, vale decir, como el total de los derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de escindir el fenómeno en una serie de transmisiones separadas de los elementos activos y pasivos que contiene.

La cesión de contrato sirve para hacer posible la circulación del contrato en su integridad, es decir, para hacer subentrar un extraño en la categoría de *parte contractual*, en el lugar de uno de los contratantes originarios ¹.

Y porque se trata de una institución que apunta a la transmisión del complejo de derechos y obligaciones que confor-

¹ Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1952, t. II, pág. 235.

man una determinada posición contractual, como un todo, es que la cesión sólo puede efectuarse respecto de contratos bilaterales o sinalagmáticos; y que no estén ejecutados, porque, de lo contrario, se estaría frente a una cesión de crédito o a una asunción de deuda individualmente consideradas que constituyen algo esencialmente distinto a la cesión de la posición contractual. Volveremos sobre esto más adelante.

Pero naturalmente que esta transmisión requiere del consentimiento del otro contratante que permanece inalterable en la relación jurídica pero que va a cambiar de cocontratante.

La cesión es obra de uno de los participantes en el contrato (cedente), el cual transmite a otra persona (cesionario) su propia calidad de contratante respecto del cocontratante (cedido).

Para que ello pueda realizarse es preciso un contrato entre los mismos (entre cedente y cesionario), con la intervención y el consentimiento del cedido ².

Es posible la cesión de posición contractual tanto referida a un contrato recién celebrado como a uno en curso de ejecución, en el cual parte de las prestaciones ya han sido cumplidas ³.

De la misma manera es posible imaginar que se sustituya la posición contractual en su integridad, como que se transfiera sólo una parte de los derechos y obligaciones emergentes del contrato. En este punto no hay que confundir la sustitución parcial de la posición contractual con la subcontratación. La diferencia se encuentra básicamente en que en la subcontratación, en principio, no se establece un vínculo directo entre el contratante originario y el subcontratista (sin perjuicio de las acciones directas, en los casos en que ellas están autorizadas, v.gr. la del subarrendatario prevista en el art. 1591 y la del

² Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 237.

³ Cfr. Alberto LEPRI, *La forma della cessione del contratto*, Padova, Ed. CEDAM, 1993, pág. 6.

subarrendador del art. 1592 del C. Civil). Y en la parte cedida se extingue la relación entre los contratantes originarios, cosa que no sucede en la subcontratación. Además, aparece claro que en la subcontratación existe un nuevo contrato, mientras que en la sustitución de posición contractual precisamente lo que se procura es mantener vigente el contrato originario.

Incluso es posible pensar que ambos contratantes transfieran su posición contractual de manera que no quede ninguno de los contratantes originarios.

3.1. El contrato como herramienta que permite la duración de las relaciones jurídicas. Auge de los contratos sucesivos o de duración

El contrato en general ha evolucionado tratando de acompañar la evolución y las transformaciones económicas y sociales.

En una sociedad pre-industrial, dominada por el individualismo, el contrato es principalmente el instrumento de cambios puntuales.

Con el devenir de la empresa y el desenvolvimiento de las ciencias de la organización, la estrategia, la previsión, la planificación y la racionalización de la acción se han tornado posibles.

El contrato, como instrumento de la estrategia de la empresa, tiende a convertirse en una herramienta que permita la duración de las relaciones jurídicas.

Esto se advierte con la aparición y auge de los contratos-marco, que no tienen tanto por objeto la creación instantánea de obligaciones, como el arreglo de relaciones jurídicas durables para el futuro. Se puede comprobar ello fácilmente en los contratos de provisión o de concesión, en los de franquicia o en los de «factoring».

La importancia de los contratos sucesivos es tal que la mayoría de los nuevos contratos, nacidos en los países desarrollados, son en su mayoría contratos sucesivos o de duración.

Y ello tiene una explicación muy simple: el contrato de duración organiza el porvenir. Permite la planificación, que se ha constituido en una de las herramientas básicas de las ciencias de la administración empresaria.

Por ello el rol del contrato no puede ser más hoy en día reducido a la creación o transferencia de derechos y obligaciones que desaparecen instantáneamente luego de su cumplimiento inmediato.

Es por la aptitud para regular en el futuro las relaciones jurídicas que el contrato se torna cada vez más útil.

La cesión de contrato aparece y se desarrolla en la línea de esta evolución ⁴.

3.2. La cesión de contrato asegura la estabilidad de los contratos de duración

Como medio para organizar el futuro, el contrato moderno busca dos cualidades complementarias a su rol primitivo de dar nacimiento a obligaciones y derechos: pretende dar estabilidad y flexibilidad a esa relación jurídica.

La necesidad de la estabilidad se advierte fácilmente. Considerando el contrato como un acto de previsión, su éxito o su fracaso dependen en importante medida de la estabilidad de la relación jurídica creada.

Pero a la vez, también la flexibilidad aparece como una cualidad deseada en la relación contractual.

La movilidad es una característica de nuestra época: el avance tecnológico no permite los vínculos jurídicos estáticos.

Y si bien la estabilidad y la movilidad aparecen como dos conceptos antinómicos, precisamente la cesión de la posición

⁴ Cfr. Laurent AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques a trois personnes*, París, Ed. Economica, Collection Droit Civil, 1984, pág. 13.

contractual introduce la flexibilidad en beneficio de la estabilidad. Es una manera de modificar el contrato, permitiendo su continuidad. Permite darle dinamismo a la clásica concepción estática del derecho.

Esta forma de ver el negocio jurídico ha permitido considerar a la cesión de contrato como el producto de la reacción de las necesidades sociales y económicas que se rebelan contra un sentido demasiado rígido y estático de las relaciones contractuales, impidiendo la sucesión en sus titularidades o simplemente la modificación de aquéllas desde el punto de vista subjetivo ⁵.

Las nuevas necesidades del tráfico económico han impuesto o requieren la posibilidad de transmisión de los derechos y obligaciones que derivan de un contrato sinalagmático considerados en su totalidad unitaria.

Se trata de que pueda circular y transmitirse una relación contractual en su complejo o en su unidad, como el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de escindir el fenómeno en una serie de transmisiones separadas de cada uno de los elementos activos y pasivos ⁶.

La cesión de contrato permite la circulación de este conjunto de relaciones jurídicas como un todo unitario. Ello permite, en la práctica, una reducción de costos, tanto de la documentación del contrato como de gastos de orden fiscal, evitando, además, las posteriores negociaciones a que tales contratos podrían dar lugar ⁷.

⁵ José BELTRÁN DE HEREDIA, en el prólogo a la obra de Manuel GARCÍA AMIGO «La cesión de contratos en el derecho español», Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, pág. XXI.

⁶ Luis DIEZ PICAZO, op. cit., pág. 827.

⁷ Coincide en este punto Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, sosteniendo que con la cesión del contrato se pueden cumplir variadas funciones económico-jurídicas de evidente utilidad práctica. Por una parte se facilita la circulación del contrato, evitando la realización de contrataciones sucesivas y gastos. El valor económico que

3.3. La cesión de contrato permite la supervivencia del contrato

Ya sea por vía convencional, ya sea en las hipótesis especiales en que la ley ha previsto la cesión de contrato, se advierte que el objetivo perseguido es no sólo transmitir derechos y obligaciones contractuales, sino principalmente asegurar la continuación del contrato aunque cambie una de las partes.

importa el mismo contrato resulta un bien útil que ingresa en el circuito mercantil y colabora en el desarrollo de las economías («Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas» en L.L., t. 1990-D, pág. 331.

4. DEFINICIÓN

Se han intentado numerosas definiciones de la figura bajo examen. En todas ellas hay elementos comunes y otros diferenciales. De su comparación queda, como sedimento, el concepto que limita la figura marcando sus rasgos distintivos.

Comencemos por las más simples, para continuar luego con las más complejas:

- 1) La cesión del contrato consiste en predisponer un esquema unitario que permita realizar la sustitución de un tercero (cesionario) en la posición jurídica de uno de los contratantes (cedente) ¹.
- 2) La cesión del contrato sirve para hacer posible la circulación del contrato en su integridad, es decir, para hacer subentrar un extraño en la categoría de parte contractual, en lugar de uno de los contratantes originarios ².
- 3) Muy similar a esta otra: 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 ³.

¹ CARRESI, citado por Luis DIEZ PICAZO, en *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ed. cit., pág. 828.

² FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina General del contrato*, pág. 235.

³ Angel Cristóbal MONTES, «La cesión de contrato en el Derecho venezolano», *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, N° 56, Caracas, 1967, pág. 64.

- 4) La cesión de contrato es una convención por la cual se transfiere de un contratante a un tercero el conjunto de relaciones jurídicas derivadas de un contrato que reposan en su cabeza ⁴.
- 5) La cesión de la posición contractual consiste en el negocio por el cual, uno de los otorgantes de cualquier contrato bilateral o sinalagmático transmite a un tercero, con el consentimiento del otro contratante, el complejo de derechos y obligaciones que le corresponden de ese contrato ⁵.
- 6) La cesión de contratos es un negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva ⁶.
- 7) La cesión de contrato es la transmisión voluntaria o forzosa, por medio de la cual un contratante cede a un tercero su calidad de tal, que éste asume, colocándose en la misma situación jurídica del transmitente, requiriéndose, en algunos casos, la conformidad expresa o tácita del co-contratante en la relación básica ⁷.
- 8) La cesión de contrato (presupuesto éste último como bilateral, al menos en la configuración típica de la institución) es el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia negocial a un tercero (llamado cesionario) del conjunto

⁴ Ch. LAPP, Tesis «Essai sur la cession de contrat synalagmatique a titre particulier». Strasbourg, 1950, N° 1, pág. 9 citado por Laurent AYNES, op. cit., pág. 8.

⁵ Joao de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigacoes em geral*, vol. II, 5ª edición, Coimbra, Ed. Almedina, 1992, pág. 383.

⁶ Manuel GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el derecho español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, pág. 80.

⁷ Atilio Anfbal ALTERINI, y Enrique Joaquín REPETTI, *La cesión del contrato*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1962, págs. 44/45.

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 la 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 ⁸.

4.1. Nuestra definición

De las definiciones transcriptas tomamos como base la de Antunes Varela, porque entendemos que contiene los elementos esenciales que tipifican la figura bajo examen, a saber: a) es un negocio jurídico que se aplica a los contratos bilaterales o sinalagmáticos; b) una de las partes transmite a un tercero el complejo de derechos y obligaciones como un todo y c) se requiere el consentimiento del otro contratante. Vale decir que, aunque de manera sintética, pone de resalto las características más destacadas y que definen la sustancia de la operación. A esta definición de Antunes Varela le agregamos la denominación de las partes para que posteriormente no queden dudas sobre el particular y, asimismo, le adicionamos la idea de la sustitución en la titularidad de la relación contractual ⁹.

⁸ M. ANDREOLI, op. cit., pág. 2.

⁹ HALPERIN ha puesto también el énfasis en este efecto de sustitución. Así ha precisado el concepto de la figura que nos ocupa: «*La cesión de contrato es la sustitución de uno de los contratantes originarios por el cesionario, sucesor en los efectos activos y pasivos, quien pasa a ocupar la posición jurídica que correspondía a sus antecesores en el negocio*». (Nicolás HALPERIN, «Cesión de derechos emergentes de contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento», L.L. t. 1977-C, pág. 177).

De esa manera propiciamos la siguiente definición como descriptiva de los principales elementos y características del instituto.

«La cesión de posición contractual es el negocio jurídico por el cual uno de los otorgantes de un contrato bilateral o sinalagmático (cedente) transmite a un tercero (cesionario), con el consentimiento del otro contratante (cedido), el complejo de derechos y obligaciones que le corresponden en ese contrato, de tal manera que ese tercero asume la titularidad de la relación contractual».

5. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Requirió muchos siglos arribar a la etapa que admitió la transmisión del lado pasivo de la obligación a través de la asunción de deuda.

Admitida esta última se abrió el camino para la transmisión conjunta de derechos y obligaciones que emergen de una relación contractual sinalagmática.

Como hemos dicho, la llamada «cesión de contrato» no es más que el último, en el orden del tiempo, de una serie de esquemas que la ciencia jurídica ha venido elaborando en el curso de los siglos, para realizar concretamente el complejo y complicado fenómeno de la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de una relación jurídica de naturaleza económica y, al mismo tiempo, de la comercialización de los bienes e intereses implicados en tal relación ¹.

La expresión «cesión de contrato», de origen doctrinario, se ha introducido en el lenguaje jurídico a mediados del siglo XX ².

¹ Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos S.A., 1979, pág. 827.

² Coincide en este punto GHESTIN, cuando afirma la inexistencia de la cesión de contrato o sus paliativos o recursos similares, hasta la mitad del siglo XX. En este sentido afirma que «la cesión de contrato, entendida como *«la transmisión de la situación de parte en un contrato con los derechos y las obligaciones que ella significa»*, parece no tener pasado. Adhiriendo a las solas obligaciones nacidas del contrato, la doctrina del siglo XIX no pudo sino desconocer el mecanismo en la medida que ella no admitía la cesión de deudas», *Traite de Droit Civil. Les effets du contrat. Jacques Ghestin*, 2ª edición, L.G.D.J., octubre de 1994.

El carácter tardío de esta construcción doctrinaria se explica fácilmente si se concibe la operación como el tercer término de un trinomio formado por las cesiones de crédito (o de derechos) y de deuda.

Ultima etapa de una evolución marcada por el reconocimiento de una después de la otra.

Franqueada la etapa más difícil: la admisión de la cesión de deudas, la cesión de contrato no tropieza con ninguna otra objeción mayor.

Sin embargo, se trata de una institución aún no perfeccionada, inacabada, que presenta todavía, pese a la existencia de diversos trabajos sobre la misma, numerosos conos de sombra. El terreno está virgen.

Pero esto es lo que ha acontecido generalmente con otras instituciones: se va produciendo una progresión lógica.

La realidad refleja las necesidades de los negocios jurídicos que se van manifestando como convenientes a la comunidad. Y luego esta realidad, analizada por la doctrina, se vuelca en disposiciones normativas que tienden a brindar un marco normativo uniforme a lo que ya tiene vivencia en la gente.

Primero se reguló la cesión de contrato en algunos contratos específicos: la locación, especialmente en materia inmobiliaria ³, sustitución del mandatario ⁴, contrato de trabajo ⁵, contrato de seguro ⁶, etc..

Luego, a partir del nuevo Código Civil italiano de 1942, que dedica sus arts. 1406 a 1410 al tema, se afianza la idea que la cesión de contrato es una institución o forma con-

³ Art. 1583 y ss. del Código Civil argentino, arts. 1717 o 1743 Código Civil francés, etcétera.

⁴ Art. 1924 y ss. del Código Civil argentino, art. 1994 del Código Civil francés, etcétera.

⁵ Art. 225 y concordantes de la ley 20.744 (t.o.).

⁶ Arts. 20, 82, etc. de la ley 17.418.

tractual autónoma y unitaria, con la que puede conseguirse la finalidad perseguida: transmitir la condición de parte en una relación contractual, integrada por un conjunto de derechos y obligaciones, permitiendo la subsistencia del contrato.

Aun cuando la cesión de posición contractual aparece como institución autónoma e independiente a mediados de este siglo, su utilización estaba difundida mucho antes, teniendo en el pasado una larga aplicación, sobre todo en el comercio de exportación y de importación, de granos, algodón, café, etc., siendo frecuentes 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 había estipulado.

En el derecho romano el contrato nace como un vínculo obligatorio. Este vínculo se materializa como un ligamen existente entre dos personas perfectamente determinadas, concebido como algo estático, en donde cualquier modificación entraña una extinción del mismo.

Si los interesados desean que la obligación, o mejor, su contenido, persista, deben acudir a la novación.

Sin embargo, persiguiendo un objetivo práctico, los romanos crearon instituciones intermedias: la delegación y la expromisión.

Por la primera una persona, delegado, por encargo o invitación (*iussum*) de otra, delegante, accede a hacer a un tercero, delegatario, una promesa o a realizar a su favor una prestación por cuenta de tal delegante ⁷.

⁷ A. RAMOS, *Derecho Romano*, Madrid, 1949, pág. 437, citado por *García Amigo*, obra referida, pág. 99.

En cuanto a la expromisión, entendida como acuerdo entre acreedor y un tercero que paga, sin intervención del deudor, ha sido negado que fuese utilizada por los romanos. Si bien ello es cierto en el derecho romano clásico, posteriormente se llegaba a efectos parecidos mediante la novación subjetiva pasiva.

Aun cuando no se lograba a través de estos mecanismos el fin perseguido por la cesión de contrato, esto es, la liberación del cedente y la subsistencia del vínculo jurídico, ya que con la novación se extingue la obligación originaria y en los otros casos el deudor originario queda obligado, se aproximaban al objetivo buscado.

Debe reconocerse que el derecho romano conservó siempre la forma de la novación para cualquier tipo de cambio subjetivo liberatorio de la relación que no fuese por sucesión *mortis causa*.

Pero para dar satisfacción a las necesidades del tráfico, se utilizaron procedimientos indirectos, con los que se evitaba la novación y se possibilitaba que una tercera persona, ajena originariamente al crédito, pudiera exigir el cumplimiento del mismo.

En primer lugar cabe citar la figura del *procurator in rem suam* por medio de la cual el acreedor otorgaba un mandato o poder para ejecutar la acción que protege jurídicamente al crédito, figura que se perfeccionó luego a través de la *denuntiatio*, consistente en la notificación que hacía el acreedor al deudor para que pagase al *procurator*.

En segundo término, la delegación imperfecta sin novación, que implica el ingreso de un nuevo titular al lado del antiguo, que permanece en la relación obligatoria hasta que la deuda es cumplida.

En tercer lugar el abandono que hace el acreedor de su crédito a favor del cesionario.

Finalmente, la subrogación por pago es una forma de sucesión en las relaciones obligatorias a título singular e inter

vivos. Se trata de una cesión voluntaria, pactada por las partes, cuyo cumplimiento puede ser sancionado por el juez a petición de los interesados ⁸.

Como hemos dicho, la cesión de posición contractual se presenta como una institución en evolución.

Los países del Common Law no conocen una forma de transmisión de la posición jurídica compuesta de los elementos activos y pasivos como es la cesión de la posición contractual.

Si bien en la doctrina y en la jurisprudencia se encuentra tratado el instituto del «*assignment*», parangonable a la cesión de crédito y menos desarrollado el «*transfer of contractual liability*», que consiste en substancia en la transferencia de la posición contractual pasiva, no existe una transferencia del conjunto complejo de los derechos y obligaciones que conforman la calidad de parte en un contrato, sino solamente los beneficios o las obligaciones derivadas de un determinado contrato ⁹.

Cabe señalar sin embargo que existen manifestaciones puntuales, como la cesión de pólizas de seguro de vida (*Policies Act* de 1867) y de seguros marítimos (*Policies of marine insurance* de 1868) y la «*Bankrupt Tey Act*» de 1954 que considera el pago de los bienes del quebrado al administrador de la quiebra, como un tipo especial de assignment.

Lo más parecido a la cesión de posición contractual que hemos encontrado en el derecho anglosajón es la cesión adicionada a una delegación (assignment coupled with delegation). Se menciona que en muchos casos la cesión de derechos va unida a una delegación de obligaciones. Cuando esto ocurre, la cesión no será válida si la delegación no lo fuera. El Código Comercial Uniforme (U.C.C. - *Uniform*

⁸ Manuel GARCÍA AMIGO, «La cesión de contratos en el derecho español», Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, pág. 106.

⁹ TREITEL, *The law of contract*, 7ª ed., Londres, 1987, págs. 498 y 500.

Commercial Code) permite en estos casos exigir garantías. Cuando una cesión está ligada a una delegación y el contrato subyacente es de venta de bienes, el U.C.C. permite al deudor u obligado a negociar un acuerdo referido a la cesión que delega el cumplimiento, creando razonable campo para la inseguridad y le permite demandar garantías del cesionario (&2-210 (5)). Y el cesionario debe prestar esas garantías o se puede considerar repudiado el contrato (&2-609). El obligado puede exigir tales garantías aun cuando la delegación en sí misma fuera permitida ¹⁰.

Existe alguna referencia también a la situación que se genera entre cesionario y cedido (obligado). En este sentido, con su habitual practicidad, los autores estadounidenses sostienen que, como regla general, el cesionario «ocupa los zapatos del cedente» (*«stands in the shoes of his assignor»*) ¹¹. Y con ello quiere significar que, con excepciones que se marcan, el cesionario está sujeto a todas las defensas, reconconvenciones, contrademandas, que el cedido podría haber interpuesto contra el cedente ¹².

En el derecho francés hay algunas tentativas doctrinarias para darle justificación dogmática al fenóme-

¹⁰ Puede consultarse este aspecto en el texto de *Contracts* de Steven EMANUEL y Steven KNOWLES, New York, Ed. Emanuel Law Outlines, edición 1993-94, 1993, pág. 304.

¹¹ En general se advierte dificultad en admitir la cesión como una sustitución lisa y llana. Por el principio de la «privacidad» (*privity*). Esta «privacidad» (a la que nosotros llamamos el principio de la relatividad de los efectos de los contratos) significa, entre otras cosas que, cuando se cede, por vía de ejemplo, el derecho derivado de un contrato de construcción de una edificación, el cesionario no adquiere directamente el derecho a demandar al constructor por vicios en la construcción. Por ello, para poder reclamar, el cesionario debe requerir al cedente que demande o, lo que es más común, que el cedente le permita al cesionario demandar en su nombre. Y para asegurarse esta posibilidad es menester que en el contrato de cesión se prevea adecuadamente la cuestión. P.S. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, fifth edition, Clarendon Series, Clarendon Press, Oxford, New York, 1996, pág. 364. Se cita como caso importante en esta materia «Murphy v. Brentwood», DC del año 1991.

¹² EMANUEL y KNOWLES, ob. cit., pág. 307.

no, que se está afianzando en la práctica, aunque sigue faltando la previsión normativa de carácter general. En los tiempos recientes se ha acentuado el interés por el instituto, lo que se advierte en monografías y manuales, existiendo especial interés por diferenciarlo de otras figuras análogas, tales como el subcontrato o el contrato por otro. Igualmente puede verse una tendencia a ver en la cesión de posición contractual una relación bilateral, que se establece exclusivamente entre cedente y cesionario ¹³.

Es menester también poner de resalto que el derecho francés ha admitido, de manera excepcional, la transmisión de la posición contractual en algunos casos: tales las situaciones que se dan en el Código de Seguros que transfiere el contrato al adquirente de la cosa asegurada en el seguro de daños (art. 121-10); en la sustitución de mandato (art. 1994 C. Civ.); en los casos de copropiedad de inmuebles: cuando uno de los copropietarios transmite el dominio, el adquirente debe respetar el reglamento de copropiedad. (ley 557 del 10 de julio de 1965), etc. ¹⁴.

En este punto estimamos de cita ineludible la posición de Jacques Ghestin, contrario a la admisión de la cesión de posición contractual como la hemos venido definiendo hasta acá.

Sostiene este autor que la cesión convencional del contrato, como resultado de la teoría monista debe ser necesariamente combinada con una concepción subjetiva del contrato y presenta pocas ventajas. Permite, por un lado, al cedido, prevalerse del contrato concluido con el cedente contra el cesionario, pero en realidad, es éste un nuevo contrato que se ha formado entre él y el cesionario.

¹³ Raynaud MARTY, *Droit Civil. Les obligations*, 2ª ed. 1, Les sources, Paris, Sirey, 1988, pág. 352.

¹⁴ Henri et Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD y Francois CHABAS, *Lecons de Droit Civil*, t. II. Premier Volume, Obligations, Theorie generale, 8ª edition par Francois Chabas, Paris, Ed. Montchrestien-EJA, 1991, págs. 1299/1300.

En cuanto al cedente, la posibilidad de liberarse de las obligaciones emergentes del contrato cedido, sin la conformidad del cedido, se limita a las relaciones internas entre cedente y cesionario ¹⁵.

Todo ello, sin mencionar que en la medida que se trate de contratos *intuitu personae*, no cabe la posibilidad de su transmisión.

Insiste en esta postura agregando que en la medida que la cesión convencional de un contrato produce estos efectos tan limitados, no puede legítimamente hablarse de «cesión» de contrato ya que ceder, de manera interna, la carga de una obligación nacida de un contrato no es ceder un contrato. En tanto que el cedido no preste su conformidad, ni la teoría dualista ni la teoría monista lo permiten. Y desde el instante en que el cedido preste su acuerdo, no hay en realidad cesión, sino creación de un nuevo contrato, cuyas características son idénticas a las del contrato cedido ¹⁶.

No puede dejar de reconocer, sin embargo, que a partir de mediados del siglo XX, numerosos autores, inspirándose en trabajos extranjeros (hace referencia a la obra de Galvao Telles), comenzaron a proponer una teoría autónoma de la cesión de contrato, luego de haber considerado la insuficiencia de los paliativos provistos por la doctrina clásica para sostener el principio de la intransmisibilidad de las obligaciones.

¹⁵ En este punto interesa citar la postura de los Mazeaud y Chabas. Luego de puntualizar las diferencias sustanciales que existen entre la cesión de derechos y la cesión de deudas, antes de comenzar el tratamiento de la cesión de contrato indica que es menester distinguir las transmisiones a título particular de las que son a título universal. Y estimo que no podemos dejar de lado este criterio porque, *mortis causa*, los efectos de los contratos se transmiten activa y pasivamente según expresa el art. 1195 de nuestro Código Civil. Henri et Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS, *Lecons de Droit Civil*, t. II. Premier Volume, Obligations, Theorie generale, 8^a edition par François Chabas, París, Ed. Montchrestien-EJA, 1991, pág. 1299.

¹⁶ Jacques GHESTIN, *Traite de Droit Civil. Les effets du contrat*, 2^a edición, Ed. L.G.D.J. octubre 1994, pág. 755.

Y profundizando el análisis advierte que la mayoría sostienen la postura dualista de la cesión de contrato, descomponiéndola en una cesión de crédito y una cesión o asunción de deuda ¹⁷.

Hasta que más recientemente Laurent Aynes, apoyándose tanto en la evolución legislativa y jurisprudencial, como en un movimiento de objetivación del contrato, sostiene una concepción verdaderamente monista de la cesión de contrato, sin reducirla a una transferencia de derechos y obligaciones ¹⁸.

En la pandectística alemana del siglo pasado va fraguándose un cuerpo de doctrina favorable a la posibilidad abstracta y teórica de la asunción de deudas, tendencia que culmina con la sanción legislativa que hace el B.G.B en los artículos 413 y siguientes.

En el derecho español encontramos manifestaciones concretas, particulares, de cesión de contrato, referidas a determinadas contrataciones.

Así, en materia de arrendamiento, si bien las relaciones jurídicas que nacen del contrato pueden ser transmitidas individualmente, poniendo énfasis en la cesión de la relación arrendaticia como un todo, solamente es viable cuando la contraparte consiente la sustitución del contratante que cede.

Aun cuando el Código Civil español no ha previsto la cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, cabe admitir su existencia con fundamento en la autonomía de la voluntad, mediante un acuerdo trilateral ¹⁹.

¹⁷ Cita la obra de Charles LARROUMET, *Les opérations juridiques a trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux, 1968, N° 81, pág. 160, el trabajo de Philippe MALAURIE, *La cession de contrat*, Rep. Defrenois, 1976, art. 31194, pág. 1009, spec. N° 28, pág. 1022 y N° 31, pág. 1023 y la obra de P. RAYNAUD, *La cession de contrat*, Cours. de Doctorat, Paris-II, 1975-1976, *Les cours de droit*. Adde., págs. 91-92.

¹⁸ Laurent AYNES, op. cit. N° 134, pág. 103.

¹⁹ Manuel GARCÍA AMIGO, op. cit., pág. 148.

Sin perjuicio de ello, hay leyes posteriores que admiten la figura. En algunos casos de manera accesorio, como en la Ley del Impuesto a la Transmisión de Bienes, en donde se declaran sujetas al impuesto «...las cesiones de arrendamientos...los contratos de prestación de servicios personales, así como las cesiones de los mismos...» (Apartado XVII del art. 2) ²⁰.

Específicamente en la Ley de Arrendamientos Urbanos se prevé tanto el cambio de arrendatario como de arrendador, ya sea *mortis causa* o *inter vivos*. Dentro de la sucesión *inter vivos* de la titularidad del arrendatario, distingue la cesión de la posición de arrendatario de la de subarrendatario y si se realiza con o sin consentimiento del arrendador. Y en el caso del traspaso de locales comerciales, se puede realizar tanto por el arrendatario como por el subarrendatario, en ambos casos sin necesidad del consentimiento del arrendador.

En cuanto a la sucesión en la posición de arrendador, se la trata de forma indirecta al ocuparse de la prórroga de los arrendamientos, en el art. 57, en donde se establece que «Cualquiera que sea la fecha de ocupación de la vivienda o local de negocio, llegado el día del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el arrendatario o inquilino, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». Se evidencia de esta manera la intención del legislador de proteger la continuación del arrendamiento en favor del arrendatario.

En materia de mandato, el Código Civil español ha previsto la posibilidad de que el mandatario pueda nombrar un sustituto si el mandante no lo ha prohibido, aun cuando deba responder por la gestión del sustituto, de manera similar a la regulación que encontramos en nuestro propio Código Civil.

²⁰ En esta referencia al derecho español nos ceñimos a la exposición que hace GARCÍA AMIGO en la obra citada.

En el ámbito del derecho comercial está regulada la cesión de contrato en materia de contrato de seguro y del contrato de transporte.

Se admite también en los contratos administrativos. Si bien la cesión no es posible por parte de la Administración, toda vez que el Estado es único, en cambio los particulares pueden ceder su posición contractual con tal que la Administración lo consienta (Ley de Obras Públicas, arts. 66, 87 y 103).

Y al margen de estos supuestos concretos de cesión de contrato regulados positivamente, hay fallos del Tribunal Supremo español que sentencia el reconocimiento de la figura objeto de estudio (v. gr. sentencia del 17 de marzo de 1951).

Se nota en esta evolución que estamos poniendo de relieve, que el tráfico considera a los contratos como valores económicos, idóneos como tales para una determinada forma de circulación. En función a la utilidad futura que el contrato está encaminado a procurar, se le atribuye un valor económico propio, considerándolo, por tanto, como un bien capaz de circular ²¹.

Y ya en la Europa contemporánea, hay un aspecto que ha surgido de manera reciente. Se trata de la posibilidad de considerar vejatoria o abusiva una cláusula inserta en contratos por adhesión a condiciones generales, en donde se prevea la posibilidad por parte del predisponente de transferir su posición contractual a un tercero. En este sentido la reciente Directiva de la Comunidad Económica Europea N° 93/13, del 5 de abril de 1993, se refiere a las cláusulas abusivas en el contrato estipulado con consumidores. Y así entre las cláusulas «presuntamente abusivas», del art. 3,3° de la Directiva, se contempla en la letra «p», la cláusula en la cual se prevea la posibilidad por la cual el profesional ceda a un tercero el con-

²¹ M. ANDREOLI, *La cesión del contrato*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 3

trato sin el acuerdo del consumidor, con la posibilidad de que resulte perjudicada la garantía para el consumidor ²².

De los países que han regulado expresamente la cesión de posición contractual nos ocuparemos más adelante al tratar las distintas soluciones propuestas en la legislación comparada.

En la compulsión efectuada, hemos encontrado normada la cesión de posición contractual en los códigos civiles de Italia, de Portugal, de Perú, de Bolivia, en el Código de Comercio de Colombia y propuesto como innovación por el Proyecto de la Comisión creada por dec. 468/92 de Poder Ejecutivo.

²² El texto de la Directiva está publicado en el G.U.C.E. de 21 de abril de 1993 n. L95/29. Cita extraída de Alberto LEPRI, *La forma della cessione del contratto*, Milán, Ed. CEDAM, 1993, pág. 14.

6. DISTINTAS POSTURAS DE LA DOCTRINA CON RELACIÓN A LA ADMISIÓN DE LA FIGURA DE LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL

A efectos de presentar una visión sistemática de la doctrina sobre la admisibilidad de la institución bajo examen, pueden señalarse dos posiciones básicas, una de ellas con una subdivisión interna.

6.1. Tesis negativa

A partir de un concepto personalista de la obligación no puede admitirse la sustitución subjetiva en uno de sus polos.

Si la obligación es un poder del acreedor sobre un acto del deudor, el objeto del derecho de crédito será la actividad personal del obligado.

Dado que la transmisión de la deuda cambia la persona que debe realizar aquella actividad, la sustitución del deudor altera la prestación misma, objetivamente considerada, originándose una novación.

Esta era la postura de Savigny, actualizada por Mazeaud, quien expresa: «*La consideración de la persona del deudor es esencial, no solamente porque se aprecia la obligación como un vínculo de derecho, sino porque se la considera como un valor patrimonial*». Si se admitiera la transmisión de la deuda al margen del acreedor se abriría una puerta al fraude.

Agregando: «... *el Código Civil Francés, como el derecho romano, ignora la cesión de deuda*»¹.

A esta tesis se la puede criticar a partir de ejemplos concretos.

Cuando el contenido de la obligación es dar una suma de dinero, tanto más da que a esa prestación la cumpla Juan que Pedro. Por tanto no es exacto que la persona del deudor sea esencial. Sí lo será, en cambio, cuando la obligación es *intuitu personae*, hipótesis en la cual no se discute la imposibilidad de su cesión, salvo que medie el expreso consentimiento del cocontratante.

Por otra parte, podrá coincidirse en la tácita prohibición de la cesión de deuda sin la conformidad del acreedor. Pero consintiéndolo el acreedor se torna posible en todas las legislaciones que aceptan la autonomía de la voluntad, pues en tal caso la intervención del acreedor no autorizará ningún fraude.

Con una óptica también negativa, pero con distinta argumentación, Strohal en Alemania y Pacchioni en Italia (antes de la sanción del Código de 1942) sostenían la imposibilidad de sucesión singular en la titularidad pasiva de la relación obligatoria.

Sostienen que las deudas no pueden ser objeto de cesión. Ello así porque se ceden las cosas, los derechos, todo lo que tiene un valor para el cedente. Pero las deudas no son cosas, no son derechos, no tienen un valor de mercado, sino que constituyen un gravamen a la libertad de acción del deudor. Por otra parte, corrobora la imposibilidad de transmisión, manteniendo la identidad de la deuda, la circunstancia de que al cambiar el sujeto pasivo, simultá-

¹ Henri MAZEAUD, *Lecons de droit civil*, París, 1956, t. I, págs. 1009 y 1011, según cita de GARCÍA AMIGO, obra referenciada, pág. 122.

neamente cambia la identidad del patrimonio que constituye la responsabilidad normal ².

Se puede responder a esta tesis poniendo de manifiesto que lo que se cede no son cosas ni derechos: son las titularidades de las relaciones de derecho, es decir la pertenencia de las relaciones en que se sustentan los efectos concedidos por el ordenamiento jurídico a cada determinada situación ³.

6.2. Tesis positiva

La tesis positiva es admitida casi unánimemente por la doctrina moderna.

La obligación consiste fundamentalmente en un deber de prestación. Pero este deber de prestación, salvo en los casos de obligación *intuitu personae* es realizable por cualquiera. Siempre que el acreedor lo permita, puede perfectamente cambiarse la persona que deba cumplir con la prestación, sin que la sustitución afecte objetivamente el crédito.

La asunción de deuda, concebida sobre la idea de transmisión del vínculo obligatorio, se plasmó en el Código Civil alemán. Y de allí pasó a todos los códigos posteriores: suizo, austríaco, mexicano, ruso, japonés, chino, italiano, etc..

Los demás ordenamientos jurídicos que no regulan expresamente la figura de la asunción de deudas posibilitan la construcción jurídica de la misma a partir del principio de la autonomía de la voluntad.

² STROHAL, *Schuldubernahme*, 1910 y PACCHIONI, *Tratatto di Diritto civile*, Padova, 1941, t. II, 1ª, pág. 262 y ss., citados por GARCÍA AMIGO en *La cesión del contrato en el derecho español*, pág. 123.

³ Manuel GARCÍA AMIGO, op. cit., pág. 124.

7. SISTEMATIZACIÓN DE LAS DISTINTAS POSTURAS QUE CON RELACIÓN A LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL PRESENTAN LOS DIVERSOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Una visión general permite afirmar que la cesión de posición contractual es admitida de manera generalizada en el derecho comparado para algunos casos específicos: arrendamiento, seguros, etc.. Ello se concreta a través de leyes especiales.

Pero en lo que concierne específicamente a la cesión de posición contractual como figura de aplicación general a todos los contratos que, en principio, admiten tal transferencia, los ordenamientos jurídicos pueden agruparse en tres sistemas diferentes, tomando como criterio clasificador la actitud de cada código en lo que atiene a la regulación expresa o no de la figura y a la posibilidad, en caso negativo, de su admisión sobre la base de la autonomía de la voluntad.

7.1. Sistema de regulación expresa de la institución

En este grupo debiéramos incluir, en primer término, al Código Civil italiano de 1942, y a los que le siguieron: portugués, peruano, boliviano, etc..

Como ya lo mencionáramos, nos vamos a ocupar de estas legislaciones más adelante.

Pero, en general, puede decirse que en todos los casos se refiere a contratos sinalagmáticos, en los cuales no se hayan

cumplido íntegramente las prestaciones correspectivas, y se exige el consentimiento del cocontratante cedido, ya sea en forma anticipada, simultánea o posterior al acuerdo entre cedente y cesionario (con la sola excepción, parcial, del C. de Comercio de Colombia, según ya se verá más adelante).

7.2. Sistema de admisión indirecta o implícita de la cesión

Se ubican aquí aquellos países cuyos códigos regulan expresamente la cesión de créditos y la asunción de deudas, sin legislar específicamente la cesión de la posición contractual.

En función de la admisión de las figuras enunciadas precedentemente, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, no existiendo impedimentos para que el contenido contractual sea transmitido, se interpreta que estos ordenamientos están permitiendo indirectamente la cesión o sustitución de la posición contractual.

Se trata de un grupo de códigos modernos, entre los cuales se puede citar al B.G.B. de Alemania, el suizo de las Obligaciones, B.G.B. de Austria. C.C. de Rusia, C. C. mexicano, C. Civil Chino. Todos ellos tienen en común haber reglamentado la asunción de deudas a partir del B.G.B. alemán.

La jurisprudencia alemana ha admitido la figura, sosteniendo que «el B.G.B. ha estructurado la cesión de créditos y la asunción de deudas en tal forma que, con su ayuda, se puede conseguir el resultado de que un tercero ingrese en los derechos y obligaciones que del contrato de arrendamiento derivan para el arrendatario.» (Sala Civil del «Reichsgericht», de fecha 25 de noviembre de 1927) ¹.

¹ Fallo citado por GARCÍA AMIGO, ob. cit., pág. 139, donde también refiere la postura favorable actual de la doctrina alemana en admitir la cesión de contrato como figura de aplicación general, basándose de una parte, en el principio de la autonomía de la volun-

De la misma manera razona la doctrina, admitiendo la cesión de contrato como figura general, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad.

7.3. Sistema de admisión discutible

Se reunirían en este grupo aquellos códigos que no sólo no regulan la cesión de la posición contractual de manera autónoma, como figura genérica, sino que, además, no admiten la asunción de deudas, regulando solamente la cesión de créditos y la subrogación por pago.

Se agruparían en esta posición nuestro Código Civil, el Código francés, y el resto de los códigos hispanoamericanos que siguieron a éste, que no fueron reformados o actualizados posteriormente.

Si bien entendemos que, en el marco de la autonomía de la voluntad, sería factible la cesión de posición contractual

tad y, de otra, en que contra la cesión de la total relación contractual se presentan menos obstáculos que contra la simple cesión de créditos, toda vez que la primera deja intacta la relación contractual misma, cosa que no ocurre con la segunda. Remite para un estudio más detenido a LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munich, 1962, I, pág. 347 y a ESSER, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1960, & 25 y 95 y a ENNECERUS-LEHMANN, *Die Abtretung von Verträgen*, en *Beiträge zum bürgerlichen Recht*, Tübingen, 1950, págs. 382 y ss.. Es interesante la referencia a un caso práctico que allí se hace, que guarda gran similitud con contratos actuales en nuestro país, treinta años después. Refiere que en su estancia en Alemania, pudo tomar contacto contratos de compraventa a plazo concluidos entre la fábrica de automóviles «Volkswagen» y los interesados en sus autos. Y en ese lapso podría estar interesado en liberarse de su relación contractual con la fábrica, a la que había ya entregado una suma de dinero, con lo cual, según el transcurso del tiempo, iba adquiriendo un rango preferente. Y esta posición era susceptible de ser vendida, traspasándose tal situación, con lo cual se originaba la cesión de la relación contractual de compraventa. Con distinta modalidad lo vemos en nuestro país en los llamados «autoplanes» o «círculos» organizados por las fábricas terminales para vender los vehículos en cuotas y sin intereses, pero sin mediar la entrega inmediata del rodado, sino sujeto a puntaje o sorteo, siendo estos planes transferibles, lo que constituye, sin duda, una cesión de posición contractual.

en tanto se cuente con la conformidad de las tres partes involucradas, es menester reconocer la existencia de autores que niegan esta posibilidad, al menos con el efecto de extinguir la obligación en cabeza del contratante originario.

La cuestión se vincula fundamentalmente con la posibilidad de reconocer un nuevo deudor, liberando al anterior, sin que medie novación.

El vínculo que une en lo sucesivo al nuevo deudor con el acreedor es el mismo que unía al anterior deudor con ese mismo acreedor?

Como resultado de la asunción de deuda o de la delegación, el nuevo deudor sucede a la deuda del anterior. El adquirente del inmueble, que se compromete a pagar el precio al prestamista, ¿sustituye al vendedor en el contrato de préstamo?

El subadquirente, delegado o retomador, ¿ha sustituido a su vendedor inicial, delegatario o acreedor?

La respuesta a esta cuestión parece depender, *a priori*, de la aparición de una novación por cambio de deudor. En ese caso, la relación que uniría al nuevo deudor con el acreedor es, por hipótesis, nueva, aunque encuentre su causa en la extinción de la relación anterior. Esta explicación valdría para la delegación perfecta, si uno ve una novación por cambio de deudor.

Pero qué sucede con la delegación imperfecta, que no extingue la relación anterior y con la asunción de deuda, que libera al deudor sin extinguir su deuda?

La referencia a la novación no parece dar la clave de la solución, lo que no llama la atención si uno admite que la delegación y la novación por cambio de deudor son dos instituciones distintas. Que la delegación, perfecta o imperfecta, tiene una naturaleza jurídica propia unitaria.

En realidad, para responder a la pregunta es necesario comparar la obligación del nuevo deudor con la del anterior. Y lo que permite identificar una obligación es su objeto y su causa. Más precisamente, la relación entre el objeto y la causa, que determina la voluntad de un deudor

capaz y que confiere a su consentimiento fuerza obligatoria (art. 1108 C. Civil francés).

Puede sostenerse entonces que, en principio, dos obligaciones sucesivamente suscriptas por dos deudores diferentes hacia el mismo acreedor son idénticas, no solamente en su objeto, sino también en su causa y esta identidad es el principio del mantenimiento de la fuerza obligatoria, más allá del cambio de deudor.

Y si la obligación del nuevo deudor (ya sea por asunción o por delegación), es idéntica por su objeto a aquélla del deudor originario, ella no lo es por su causa. De allí la necesidad de un contrato concluido directamente entre el nuevo deudor y el acreedor, para crear la obligación del primero hacia el segundo ².

Es esta cuestión la que suscita dudas acerca de la admisibilidad, sin más, de la cesión de posición contractual en aquellas legislaciones que no tratan la asunción de deuda.

² Laurent AYNES, *op. cit.*, pág. 51 y ss..

8. DISTINTAS TEORÍAS EN CUANTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO QUE DA LUGAR A LA TRANSMISIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL

Al consagrarse legislativamente la cesión de la posición contractual se puso fin de alguna manera a una discusión doctrinaria que atrajo la atención de los estudiosos, antes de la sanción del nuevo Código Civil italiano de 1942.

Existían, como se ha visto, teorías que negaban la posibilidad de la cesión de contrato, como consecuencia de no admitir la transmisibilidad de las relaciones obligatorias en su aspecto pasivo, como deudas.

Si la cesión de contrato implica la sucesión en la relación contractual, que se integra con créditos y deudas, al no admitirse la transferencia de estas últimas, no puede admitirse tampoco aquélla.

A partir de allí se dividen los que propugnan la transferencia del contrato a través de la novación de las obligaciones que integran el contenido del mismo y los que, aceptando la transferencia niegan la liberación del cedente, el que queda vinculado por medio del contrato con la parte originaria.

En el derecho francés se habla de dos concepciones, la *unitaria* y la *analítica o monista y dualista (o atomística)*, habiendo tenido más adherentes esta última. Da la impresión que resulta más fácil, careciendo de una legislación específica, reducir la relación contractual a créditos y deu-

das que se pueden transmitir aisladamente. En sentido distinto cabe hacer referencia al trabajo de Charles Lapp, quien si bien sostiene la teoría atomística, tiene que reconocer aspectos del negocio que son necesariamente unitarios, afirmando que la voluntad única de las partes y la unidad de miras conforman un cierto vínculo entre los contratantes, al par que los efectos de la cesión del contrato son más completos que los que podrían derivarse de una cesión de crédito y una asunción de deuda como operaciones aisladas ¹.

Incluso con respecto a la transmisión del contrato unilateral se distingue entre la mera cesión de crédito y la cesión del contrato, a partir de la transmisión de los derechos potestativos ².

Pasando ya a los que aceptan, como principio, la circulación jurídica del contrato, o mejor dicho, la circulación de los efectos jurídicos que el contrato produce, se pueden diferenciar claramente tres posturas.

- a) Los que estiman que se transmiten aisladamente los créditos y las deudas, a través de sus procedimientos propios y peculiares.
- b) Los que consideran que se cede todo el contenido contractual, integrado en una entidad unitaria, de una sola vez y en un único negocio jurídico.
- c) Los que adoptan una postura intermedia entre aquellas dos ³.

¹ Charles LAPP, «Essai sur la cession de contrat synallagmatique a titre particulier», prefac J. Radouant, Strasbourg, 1950, N° 34, pág. 51. Ensayo citado por los autores franceses, en particular, Laurent Aynes y Jacques Ghestin.

² VILAR, «La cession de contrat en droit francais», tesis publicada en Montpellier, 1968, opinión citada por Laurent AYNES, en *La cession de contrat*, pág. 71.

³ Cfr. Manuel GARCÍA AMIGO, op. cit., pág. 267.

8.1. Teoría atomística

La construcción atomística tiene sus precedentes en la doctrina alemana. Aun antes del nuevo Código Civil alemán, se había estimado posible realizar la transferencia de los elementos activos y pasivos de un contrato mediante la reunión de un negocio de cesión de los derechos con un negocio de asunción de deudas.

La llamada *Zerlegungskonstruktion* o teoría de la descomposición, inspiró a una amplia corriente de la doctrina alemana posterior a la promulgación del C. Civil alemán, rechazando la postura opuesta que entendía inadmisibles tal operación al sostener que las normas del código sólo permiten la cesión de pretensiones crediticias singularizadas y la asunción de obligaciones también singularizadas, lo que impediría la transferencia de un sujeto a otro, de los aspectos activos y pasivos de una relación contractual en su integridad ⁴.

Como hemos dicho, la teoría atomística entiende que la cesión de contrato o cesión de posición contractual se produce mediante la unión de dos negocios jurídicamente distintos: una cesión de créditos y una asunción de deudas.

Esta teoría se apoya en los siguientes supuestos:

a) Los sistemas legislativos cuyos códigos no han previsto el procedimiento de la cesión de posición contractual, tienen, sin embargo, previsto, algunos explícitamente, otros de manera implícita, mecanismos que permiten transferir créditos singulares u obligaciones, sean o no sinalagmáticos, con tal de que se respeten los límites de transmisibilidad impuestos por la voluntad de sus titulares, por su naturaleza especial o por la ley. Tales mecanismos son la cesión de créditos y la asunción de deudas.

⁴ En este aspecto se puede consultar la amplia referencia a la doctrina alemana que hace ANDREOLI en *La cesión del contrato*, en las notas 24, 25 y ss., págs. 30 y 31 de la obra referenciada.

b) Los efectos que produce un contrato, referidos a cada una de sus partes, se configuran básicamente como créditos y obligaciones. Y solamente ellos son transmisibles, ya que el contenido de la relación contractual, considerada en sí misma, no es susceptible de transferencia. En consecuencia, transmitiendo los créditos y las deudas, se consigue que el cesionario tenga una posición contractual similar a la que el cedente tenía antes de la cesión.

c) Como consecuencia de lo antes dicho, se puede conseguir perfectamente la transmisión de los efectos contractuales mediante un doble negocio de cesión y asunción. Ello, como consecuencia de que, si bien se trataría de negocios distintos e independientes entre sí, adosados uno junto al otro, transfieren la total posición jurídica del cedente al cesionario.

Esta es la teoría más antigua, del grupo de quienes admiten la cesión de la posición contractual y cuenta con numerosos seguidores en los distintos países ⁵.

Se sostiene que a los contratos bilaterales hay que considerarlos en dos grupos desde el punto de vista de la posibilidad de su cesión.

Por una parte aquéllos cuya relación contractual origina créditos y deudas que puede perfectamente transmitirse mediante la combinación de una cesión y una asunción.

Por otro lado los que, en su contenido contractual, se advierte la existencia de otros efectos jurídicos: derechos de configuración y potestativos. En estos contratos pueden transmitirse los efectos principales e incluso algunos derechos potestativos: los inherentes a la relación obligacional.

⁵ Es útil la consulta que puede efectuarse en GARCÍA AMIGO, en la obra citada *La cesión del contrato en el derecho español*, pág. 268, sobre los defensores de esta teoría, ampliamente difundida en la doctrina alemana, entre quienes pueden resaltarse BAHR, PUCHTA, HARTMANN, ENDEMANN, GIERKE, WINSCHIED. En Italia (antes del código de 1942) a ASCOLI, FINZI, CASSATI, CICALA y en España, BALLARIN. En lo referido al derecho francés, remitimos a lo expuesto anteriormente y a las notas N° 38 y ss. de este trabajo.

Pero hay una serie de derechos secundarios indisolubles de la relación contractual, que permanecerán adheridos a la relación contractual originaria. Por ello, en estos casos, la cesión y la asunción no agotan la transmisión del contenido contractual, el cual permanece, en estos aspectos, en cabeza de los contratantes originarios.

Fundamentalmente por lo que acabamos de expresar, es que esta teoría atomística no satisface totalmente, puesto que no permite el traspaso íntegro de la relación contractual del cedente al cesionario.

De allí que se puedan sintetizar las críticas a esta teoría atomística de la manera que sigue:

- a) En primer lugar, va en contra de la finalidad de la institución bajo examen: realizar la circulación del contenido integral de la relación jurídica contractual.
- b) En segundo término, no se interpreta la voluntad de las partes cuando éstas pretenden precisamente la transmisión integral de la relación contractual. Desde un punto de vista técnico jurídico, en la medida que se considere que son dos o más los negocios que hay que efectuar para que se opere la transferencia del vínculo contractual íntegro, es menester que cada una de las partes intervinientes en la cesión emita varias declaraciones de voluntad. Y esto es contrario a la vocación de los contratantes quienes, por medio de una sola declaración de voluntad, procuran la transferencia de todo el complejo contractual en forma integral y de una sola vez.
- c) En tercer lugar, como argumento más decisivo, se señala que la teoría atomística no sirve para explicar la sucesión del cesionario en la posición jurídico-contractual del cedente; no explica el traspaso al cesionario de todos los efectos jurídicos del contrato, en especial los derechos potestativos, especialmente si se trata de un contrato sinalagmático. Estos derechos son intransmisibles si no se cede la relación contractual de la que forman parte.

d) Por último, desde la postura atomística, resulta imposible explicar el traspaso del valor económico que encierra todo contrato en si mismo. Porque, en última instancia, lo que le interesa al cesionario es la ventaja económica que la titularidad jurídica de la posición cedida le va a proporcionar. Y esta ventaja económica comprende algo más que los créditos y deudas cuya titularidad asume. Este contenido económico puede tanto ser positivo como negativo. Es posible pensar en un supuesto en el cual el cedente lo que busca es precisamente liberarse de una posición contractual desventajosa, pagando para ello una cantidad al tercero que se incorpora a la relación como cesionario.

Todo lo expuesto no puede explicarse desde esta postura atomística, sin una construcción unitaria del negocio que nos ocupa.

Lo dicho no obsta a que, si esa fuera su voluntad, las partes puedan pactar la transmisión de cada derecho o de cada deuda singular, aunque sea en un único negocio, si su intención se limita a ello, no interesándoles la transferencia de la posición contractual de manera integral, tal como la hemos descripto.

8.2. Teoría unitaria

Esta postura del negocio jurídico único que transmite la integralidad de la posición contractual constituye el último término de la evolución a que ya hemos hecho referencia, que comienza en el derecho romano con la figura del «*procurator in rem suam*», pasando por la «*cession des creances*» del Código Napoleón y terminando en la asunción de deuda del B.G.B., antes de llegar a la figura terminada que recepta el Código italiano de 1942.

Se trata de concebir a la cesión de contrato, como un acto único de disposición sobre la relación jurídico contractual que constituye el contrato. Que además de transmitir derechos y

obligaciones, transfiera ese algo más que configuran los derechos potestativos y ese valor económico de la relación contractual a que hemos hecho referencia.

El máximo exponente de esta postura en Italia fue Puleo, primer autor que trata monográficamente el tema, influyendo de manera fundamental en el Código Civil italiano de 1942 que la adopta ⁶. De allí es también receptada por la jurisprudencia de ese país, a partir de un fallo del Tribunal de Casación Civil del 20 de febrero de 1963, en donde se sostiene que la cesión del contrato asume la figura de un negocio jurídico plurilateral, que postula la necesaria intervención de tres sujetos: cedente, cesionario y cedido. El consentimiento del contratante no puede asumir la forma o el valor de una mera adhesión al acuerdo ya formalizado entre el cedente y el cesionario porque es un elemento constitutivo de la cesión misma, que se configura como un negocio jurídico unitario ⁷.

La tesis unitaria descansa sobre la base de tres ideas fundamentales, que se pueden resumir de la siguiente manera:

- 1) Existe una relación jurídica entre los contratantes, distinta al conjunto de derechos y obligaciones singularizados que surgen de un contrato.
- 2) La cesión de la posición contractual se realiza mediante una sola declaración de voluntad, emitida por las tres partes que intervienen en la transmisión pero que constituye un acto único.

⁶ PULEO, *La cessione del contratto*, Milán, 1939, pág. 68 y ss. según cita de ANDREOLI en *La cesión del contrato*, ed. cit., pág. 37 y ss..

⁷ En esta postura se ubica Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, sosteniendo que mediante este instituto de la cesión de posición contractual se transmiten créditos y deudas unidos y ligados a la situación jurídica que tenía el transmitente hacia un tercero. La admisibilidad de esta figura se une a la aceptación de la transmisión de las deudas; aunque es de sostener que la transferencia del contrato no se puede sintetizar en una simple adición de crédito más deuda, sino en una modificación de la posición unitaria contractual que va del originario contratante hacia un tercero («Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas», nota a fallo en L.L. T. 1990-D, pág. 331).

3) Existe una unidad de causa en el negocio de la cesión. Esta causa está constituida para el cedente por la contraprestación del cesionario (o la liberalidad si fuere gratuita). Para el cesionario será la obtención de la titularidad de la condición de parte en el contrato de que se trata ⁸.

Es recién a partir de esta teoría que puede esbozarse un primer concepto del instituto que nos ocupa, al caracterizarlo como un negocio jurídico unitario, plurilateral, que tiene por finalidad transmitir a un tercero una relación contractual. Este concepto básico tendrá que ir completándose a medida que avancemos en el estudio de la estructura del negocio bajo examen.

8.3. Teorías intermedias

Existe en esta materia una orientación que podría denominarse «intermedia», entre la atomística y la unitaria.

Esta postura sostiene que la cesión de contrato es un negocio jurídico complejo, resultante de una cesión de crédito y de una asunción de deuda, que produce la transmisión integral de la relación jurídica derivada del contrato, colocando a un tercero en la misma posición que ocupaba el contratante cedente. Pero a la vez sostiene que el negocio es único porque la declaración de voluntad es única, siendo único también el fin perseguido por las partes ⁹.

En esta posición intermedia, aunque con algunas variantes, también se sitúan Galvao Telles, Valls Taberner y Jordano Barea ¹⁰.

⁸ Cfr. Manuel GARCÍA AMIGO, op. cit., pág. 294.

⁹ FONTANA, «Cessione di contratto», en la Riv. di dir. comm., 1934, I, pág. 203 y ss. citado por Andreoli en *La cesión del contrato*, pág. 34.

¹⁰ GALVAO TELLES, «Cessao do contrato», en Revista de Direito da Universidade de Lisboa, 1949, págs. 164/5; VALLS TABERNER, *Cesión de contratos*, Barcelona, 1955, pág. 48

Galvao Telles habla de un contrato de «*naturaleza mixta, contrato bifronte ou de douplo tipo*», siendo la aportación original de este autor el intento de configuración de la causa, al sostener que por ser la cesión y la asunción de deudas, negocios onerosos, actuados ambos en la cesión de contratos, cada uno de ellos es causa para el otro. En definitiva, la misma causa que tiene el contrato base.

Valls Taberner por su lado aporta otra visión de la causa, que funcionaría como elemento aglutinador, el que confiere unidad a los créditos, deudas, facultades, etcétera.

Y en sentido parecido lo hace Jordano Barea, al afirmar que la cesión de contrato (negocio único) no es más que una cesión de los créditos y los débitos contractuales, sinalagmática o causalmente unidos.

Quien se encuentra en una postura también intermedia, pero de alguna manera distinta a las ya reseñadas es Cicala ¹¹.

Su tesis se sustenta en que la cesión del contrato actúa sobre las relaciones que derivan del contrato y por ello el cesionario del contrato no es parte del negocio originario, siéndolo, en cambio, de las relaciones derivantes del mismo, porque partes del negocio son sólo los sujetos en cuya esfera se produjeron directamente los efectos de aquél.

Se expide definiéndose contra la teoría unitaria, pero sin coincidir con la teoría atomística de la doctrina alemana.

Entiende que el negocio de cesión de contrato es tanto estructural como funcionalmente una cesión de créditos y una asunción de deudas, pero es un negocio con una causa única y por lo tanto un negocio único.

y ss. y JORDANO BAREA, Recensión de la obra *Cesión de contratos* de CARRESSI, en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, II, pág. 1112, según cita de GARCÍA AMIGO, en *La cesión de contratos en el derecho español*, pág. 277.

¹¹ CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Milán, 1962, pág. 27 y ss.. según cita de García Amigo en *La cesión del contrato en el Derecho Español*, pág. 281 y ss..

Pero este negocio así concebido, además de trasladar al cesionario los créditos y deudas existentes en el contrato, transfiere también los derechos potestativos referidos a la *fase funcional* del contrato base (resolución por incumplimiento, por imposibilidad y excesiva onerosidad sobrevinientes, la excepción de incumplimiento, la facultad de suspender el cumplimiento cuando la contraprestación está en peligro, etc.).

No transfiere, sin embargo, a su entender, los derechos potestativos nacidos eventualmente en la *fase genética* (momento de celebración del contrato), tales como la facultad de anulación o de rescisión, los cuales no pasan al cesionario del contrato como tampoco en la asunción de deudas ¹².

Si bien sostiene que estos derechos potestativos son transmisibles, pues no se trata de derechos personalísimos, considera que para su transferencia es menester que exista una cláusula específica, no siendo un efecto natural del negocio de cesión.

Finalmente, según Cicala, los derechos potestativos nacidos en la fase funcional no son objeto del negocio de cesión, ni, por tanto, la transmisión de los mismos es un efecto propio. Su transferencia se verifica en la fase de cumplimiento: se trata de un efecto del negocio de cesión ¹³.

Adelantando una opinión

Aun cuando sea prematuro para ir definiendo una postura, parece que la definición acerca de las distintas teorías tiene mucho que ver con la situación legislativa del país de que se trate.

¹² CICALA, op. cit., pág. 107.

¹³ CICALA, op. cit., pág. 127.

En primer lugar, no es fácil adherir a la teoría atomística si no se ha regulado en el ordenamiento legal vigente la asunción de deudas. En tal caso se torna imprescindible un acuerdo expreso en donde, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, las partes establezcan con la mayor precisión el contenido del negocio jurídico que llevan a cabo.

En este punto es interesante citar la postura de Valls Taberner, quien afirma que, al no regular el Código Civil español la cesión de contrato, sería inadmisibles la teoría unitaria, razón por la cual se hace preciso construir la cesión combinando los elementos que ofrece, en su texto vigente, el Código Civil ¹⁴.

Por otra parte, en los países donde ya ha sido normada la cesión de posición contractual, resulta evidente que se impone la teoría unitaria.

La conclusión que se va avizorando es que, siendo la cesión de posición contractual un negocio de indudable utilidad, su reconocimiento como instituto autónomo parece la postura más razonable y a partir de allí la conveniencia de su regulación por medio de un conjunto de artículos que prevean los efectos del negocio, para dar certeza a las partes que deciden la celebración de un acuerdo de este tipo.

Además, el negocio se realiza mediante una sola declaración de voluntad, cuyo contenido es único y cuya causa también es única, al margen de que tal consentimiento se preste en distintos momentos.

Pero esta expresión de la voluntad común, expresada en diferentes tiempos, también existe en cualquier contrato celebrado entre ausentes, mediante la emisión de una oferta y una aceptación en distinta época, aun cuando se requiera total coincidencia en su contenido.

¹⁴ VALLS TABERNER, op. cit., pág. 79.

Por otra parte, cuando se celebra un contrato del tipo que nos ocupa, se busca transmitir la integridad de la relación contractual, todo el contenido de la posición que se cede. Y ello se torna más fácil y viable desde la postura de la teoría unitaria.

De allí nuestra adhesión a la teoría unitaria que es la que permite, a nuestro entender, la más completa y perfecta transferencia de la posición contractual con todo lo que ello significa.

Lógicamente que para viabilizar esta postura se torna prácticamente indispensable la regulación normativa del instituto por lo que, también anticipándonos a un posterior análisis más detenido, propiciamos el dictado de un conjunto de disposiciones que reglamenten en sus aspectos esenciales la cesión de posición contractual.

9. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES

Como método didáctico, pero también como sistema de investigación, creemos útil comparar y luego de la comparación, distinguir, diferenciar, el contrato de cesión de la posición contractual con otras figuras afines con las cuales podría tener alguna semejanza, pero no identidad.

De tal comparación y distinción, surgirá con más nitidez la personalidad (por así llamarle) del contrato de cesión de posición contractual.

9.1. Con la cesión solamente de los elementos activos del contrato

Cuando se sustituye la posición contractual se transfieren los derechos y obligaciones emergentes del contrato de que se trata.

En consecuencia, la cesión de posición contractual importa, entre otras cosas, la transmisión de los créditos que conforman la relación jurídica transmitida.

Tanto si se transfieren los derechos emergentes de un contrato bilateral con prestaciones incumplidas por parte de ambos contratantes, como si se trata de un contrato unilateral o de un contrato bilateral en el cual ya se han cumplido las prestaciones a cargo de una de las partes, la situación difiere de la cesión de posición contractual.

La mera transferencia de los créditos que quedan como remanente del contenido del contrato, en el último de los

casos citados precedentemente, implicaría que el cesionario (en la cesión de derechos) pasaría a ocupar el lugar que antes tenía el cedente en lo que respecta al derecho transmitido.

Pero ello no es equiparable a la cesión de la posición contractual que es motivo de nuestro estudio pues:

- 1) El vínculo contractual básico permanece siempre entre los contratantes primitivos.
- 2) La relación de reciprocidad entre las prestaciones contractuales debidas originariamente entre las partes no sufre alteración objetiva por el hecho de que el o los créditos cedidos se orienten en una dirección subjetiva diferente.
- 3) El cedente-acreedor puede transmitir el crédito de que es titular sin el consentimiento del deudor, mientras que en la cesión de posición contractual es imprescindible el consentimiento del contratante cedido ¹.
- 4) Al mantenerse la original interdependencia entre las prestaciones de los contratantes primitivos, el cocontratante, en el caso de la sola cesión de los elementos activos, podrá actuar para lograr el cumplimiento de las obligaciones pendientes o la resolución del contrato. En este último caso, ya sea mediante el uso de pacto comisorio tácito, ya sea a través de la utilización de cláusula resolutoria expresa, que prevea el cumplimiento según determinada modalidad.

¹ Sobre este punto existe un fallo de la Cám. Nac. Civil, Sala «C», del 16 de marzo de 1970 en donde se sienta como doctrina la idea que «En su aspecto crediticio no es dudoso que el derecho del comprador puede ser cedido, sin que el deudor pueda oponerse a tal traspaso. En ese aspecto queda comprendido el derecho a exigir la tradición y la correspondiente escritura traslativa de dominio. En cuanto deuda (obligación de pagar el precio), la cesión no puede hacerse, en principio, sin la conformidad del acreedor (vendedor); pero es de advertir que el interés de éste se reduce a no desobligar al deudor primitivo (cedente)» («Bodegas Vieja Abadía S.A. c/ Procasa SRL», L.L. 141-678 (25.549-S)).

- 5) En caso de producirse tal incumplimiento, el cedente quedará obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal situación.

Desde hace ya tiempo se inició un proceso que tiende a objetivar la noción de obligación.

Si bien han existido algunas dificultades en aplicar esta teoría a la obligación considerada desde el punto de vista del deudor, es unánimemente admitida desde la óptica del acreedor. De allí el desarrollo del instituto de la cesión de créditos.

Y por ello, aun cuando los derechos o los créditos tengan su origen en un contrato, la posibilidad de su transmisión es perfectamente posible, ya sea que provenga de un contrato unilateral ya de uno sinalagmático. Esto lleva a equiparar al crédito con un bien, pero que tiene relación con un vínculo contractual.

A partir de allí cabe preguntarse qué es lo que se transmite cuando se cede un crédito. No existen mayores dudas sobre la transmisión del contenido principal del crédito, esto es la posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación. Y tampoco se suscitan mayores dudas sobre algunos accesorios del crédito como el carácter ejecutivo del título, las seguridades de todo tipo, el derecho a los intereses a devengar e, incluso, salvo convención en contrario, los intereses devengados. Pero los autores no están de acuerdo sobre la lista de los accesorios. Si se incluye la posibilidad de accionar por nulidad, por lesión o resolución del contrato del cual proviene el crédito ².

Pero a poco que se profundice el estudio del tema, se advierte que, en realidad, la cesión de un crédito que tenga su origen en un contrato puede tener un contenido diverso según se transmitan o no tres objetos que pueden diferenciar-

² Sobre esta cuestión hay un desarrollo muy sustancioso relativo a la posibilidad de transferir los créditos pero no tan fácilmente las deudas en Laurent AYNES, op. cit., pág. 32 y ss..

se, a saber: a) la prestación que constituye el objeto de la obligación; b) la calidad de acreedor y c) la calidad de cocontratante. Este contenido, como puede advertirse, va desde un mínimo a un máximo.

Y precisamente la cesión de la posición contractual constituiría el máximo imaginable en lo que respecta a lo que es objeto de transferencia.

Cabe también mencionar que es posible discutir si existe diferencia entre transferir la calidad de acreedor y la de cocontratante.

Porque entre las dos primeras categorías, esto es, sólo la prestación o también la calidad de acreedor, resulta más nítida la distinción, pues esto último comprende la posibilidad de sancionar la inejecución o la ejecución defectuosa de la obligación por el deudor cedido, a través de la acción resolutoria ³.

Pero la cesión de la calidad de cocontratante importaría, además de los atributos correspondientes a la calidad de acreedor, las acciones relativas a la formación del contrato: nulidad y rescisión por lesión.

9.2. Con la cesión solamente de los elementos pasivos del contrato

Se trataría, por ejemplo, de la transferencia, en un contrato de compraventa, de la deuda correspondiente al saldo de precio impago pendiente, que el comprador cede a un tercero.

Interesa especialmente la situación en la cual el cedente de la deuda queda liberado frente al contratante originario.

Se trata de una sucesión a título particular, por medio de la cual un nuevo deudor asume las obligaciones contractua-

³ C. LARROUMET, «Les operations juridiques a trois personnes en droit privee», tesis, Burdeos, 1968, N° 24, pág. 34 y ss. citado por Laurent AYNES, en *La cession de contrat*, pág. 33.

les del deudor precedente, quien queda liberado, sustituyendo aquél a éste en la situación jurídica de deudor de los elementos pasivos del contrato base ⁴.

Es evidente que para que se realice plenamente esta operación jurídica es menester contar con el consentimiento de las tres partes involucradas en el negocio ⁵.

Pero como sucedía en la comparación anterior, se produce un desdoblamiento subjetivo, en cuanto todos los derechos derivados del contrato siguen en cabeza del deudor transmitente, mientras que todas las obligaciones derivadas del negocio jurídico en cuestión pasan al nuevo deudor que se hace cargo de las mismas.

Por ello, la relación de reciprocidad y de interdependencia entre derechos y obligaciones contractuales que se hallaban encarnadas inicialmente en las partes primitivas del contrato base, después de la cesión o transferencia de las deudas, permanece objetivamente inalterada.

En virtud de ello, si el acreedor se niega ilegítimamente al cumplimiento de sus propias obligaciones contractuales para con el primer deudor, el sustituto podrá oponer a dicho acreedor la excepción de incumplimiento y negarse por su parte a cumplir con las obligaciones contractuales que él ha asumido.

Pero quien conserva la facultad de pedir judicialmente el cumplimiento del contrato o la eventual resolución del mis-

⁴ En el derecho francés se rechaza sin hesitación la cesión de deuda, pero se reconoce la existencia de procedimientos indirectos que de alguna manera la permiten: a) la delegación imperfecta; b) a través de una cesión de crédito para pagar una deuda, el cedente de cierta forma le estaría transfiriendo su deuda al tercero deudor cedido. Henri et Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, Francois CHABAS, *Lecons de Droit Civil*, t. II, premier volume, Obligations, 8^a edition, Paris, Ed. Montchrestien-EJA, 1991, pág. 1298.

⁵ En el derecho anglosajón se ha respondido sin vacilación que el deudor no puede sustituirse a sí mismo por un tercero en la relación creditoria sin el consentimiento del acreedor y que la novación es el único método por el cual el obligado original puede ser efectivamente reemplazado por otro. Cheshire and Fifoot 's. «Law of Contract», op. cit., pág. 512.

mo es el primer deudor, el sustituido, ya que los derechos contractuales han permanecido en su patrimonio.

De la misma manera, si el deudor sustituto se niega a cumplir con las obligaciones asumidas frente al acreedor, éste podrá negarse a cumplir con las obligaciones a su cargo derivadas del contrato y actuar para obtener el cumplimiento o la resolución del contrato base.

Naturalmente que en esta hipótesis, es el deudor sustituto quien deberá afrontar en definitiva los daños derivados de su incumplimiento tanto en relación al otro contratante cuanto con referencia al deudor sustituido ⁶.

9.3. Con el doble negocio de cesión de crédito y asunción de deuda

La distinción es neta y se ha señalado en los dos puntos anteriores.

Mediante ese doble negocio se podrá obtener el traspaso a un tercero por parte de uno de los contratantes originarios de todos los créditos y todas las deudas emanadas de la relación contractual, pero no se logrará el traspaso íntegro y total de tal posición contractual, puesto que los derechos potestativos y las facultades inherentes a la condición de parte contratante seguirán en la persona del cedente. Además, la cesión de posición contractual es un negocio jurídico unitario, mientras que la dualidad negocial caracteriza a esta doble operación que analizamos.

9.4. Con la novación

La cesión de posición contractual no debe confundirse con la novación subjetiva que también introduce en la re-

⁶ Cfr. M. ANDREOLI, *La cesión del contrato*, pág. 22 y ss..

lación obligatoria un nuevo sujeto, activo o pasivo, en el lugar del sujeto originario.

La asimilación parecería que se puede establecer tomando como término de referencia, en lugar de la novación pasiva o activa, la novación mediante la llamada doble delegación, en donde la relación obligatoria queda modificada tanto por el lado pasivo, como por el activo.

Sin embargo, en la doble delegación son necesarios dos actos y no uno solo como en la cesión. Además, con motivo de la doble delegación entran dos nuevos sujetos a la relación contractual, mientras que mediante la cesión solamente ingresa un sujeto nuevo, mientras que el otro, el cocontratante cedido, no cambia.

La similitud de la cesión de posición contractual con la novación es grande. En ambos casos se sustituye a uno de los contratantes de la relación contractual.

Pero esta finalidad se lleva a cabo más útilmente en la mayoría de los casos a través de la cesión de posición contractual, razón por la cual esta figura se va imponiendo sobre aquella.

Naturalmente que la gran diferencia entre una y otra estriba en que en la novación se extinguen las obligaciones y los derechos motivo de la modificación subjetiva del contrato, mientras que en la cesión de la posición contractual subsisten vivos y vigentes las mismas obligaciones y los mismos derechos que conformaron la relación jurídica originaria ⁷.

Desde el punto de vista de la causa, mientras en la novación la causa de la obligación nueva se constituye por la antigua que se extingue, en la cesión de posición con-

⁷ En este aspecto hay una coincidencia aun en el derecho anglosajón. Se señala como característica distintiva de la cesión que en la novación el deudor debe ser parte en el negocio jurídico que se lleva a cabo y que no se transfiere ninguna propiedad sino que se trata de la anulación de una deuda y la creación de una deuda en sustitución de aquella. Cheshire and Fifoot's. «Law of contract», op. cit., pág. 508, donde se refiere a la causa «United Railways of Havana and Regla Warehouses, Ltd.» de 1960.

tractual la causa viene dada por la transmisión de la titularidad de parte en la relación contractual, con todas las consecuencias que ello implica ⁸.

9.5. Con el subcontrato

El subcontrato es un contrato que deriva de otro. Este es anterior y aquél posterior.

Messineo establece una suerte de relación de parentesco familiar entre uno y otro. Así sostiene que se da una figura análoga a la filiación de un derecho (derecho padre) de otro derecho (derecho hijo o subderecho). El contrato derivado o subcontrato da lugar al nacimiento de un contrato de contenido igual (contrato hijo) al del contrato del cual deriva, al que puede llamarse contrato padre o contrato base ⁹.

Un ejemplo clásico de la subcontratación es la sublocación y se da tanto en la locación inmobiliaria, como ahora muy frecuentemente en la locación de obra, de manera particular en los contratos de obra pública, aun cuando en la actualidad ha tomado cierto auge la formación de agrupaciones, especialmente, bajo la forma de la unión transitoria de empresas. También se suele ver la subcontratación en materia de mandato.

En todos estos casos, una de las partes del contrato originario constituye en favor de un segundo contratante, un derecho de naturaleza personal que proviene del derecho atribuido al constituyente por un contrato, de tal modo que el contrato derivado depende, como el accesorio, del principal, y queda ligado a todas las vicisitudes de este último, en virtud del principio general que nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que tiene.

⁸ Manuel GARCÍA AMIGO, op. cit., pág. 84.

⁹ FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 247.

Por ello el derecho derivado o subderecho, si bien puede ser de contenido distinto del derecho base, deriva y depende de éste. Es un derecho nuevo pero no autónomo ¹⁰.

El subcontrato y la cesión de contrato tienen la nota común de que en ambas se produce el traspaso de alguna o de algunas de las facultades que integran la posición de parte contratante. En consecuencia ambas figuras suponen la existencia de un contrato base al que han de estar referidas.

La función principal del subcontrato es que tanto las ventajas como las cargas del contrato originario pasen (por lo general parcialmente) al subcontratista. Que goce de estos derechos y obligaciones en virtud de un nuevo contrato en que no es parte aquél que las ha atribuido y sin que se extinga el contrato base ¹¹.

Un rasgo distintivo de la subcontratación es la posibilidad de acción directa (no subrogatoria) del subcontratista contra el cocontratante originario y viceversa.

Es claro que no existe una vinculación contractual entre ellos, ya que el subcontratista no es parte del contrato originario. Sin embargo, pese a ser un tercero en dicha relación

¹⁰ ARRUBLA PAUCAR señala con claridad una de las pautas de distinción entre ambas figuras expresando que la existencia del subcontrato no modifica las relaciones entre los contratantes en el contrato derivante o contrato base; por el contrario, ambos contratos subsisten: el contrato base con todos sus efectos y con las mismas partes; el subcontrato con una de las partes del contrato base y una parte nueva, ajena al contrato derivante. En la cesión de posición contractual el contrato se mantiene inalterado, simplemente una de las partes es sustituida. El tercero que ingresa al contrato (contratante cesionario) desplaza en principio al contratante cedente, lo que no ocurre en el subcontrato, donde no hay ningún desplazamiento. Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles*, 3ª edición, Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 1989, pág. 166.

¹¹ Incluso en el derecho anglosajón, que no tiene prevista la cesión de posición contractual como tal, se distingue la cesión de la locación, diferenciándola de la sublocación porque en el primer caso se transfiere la totalidad, en cambio en el segundo sólo una parte del contrato. *Black's Law Dictionary*, 6ª edición, West Publishing C. St. Paul, Minn., 1990, en la voz «assignment of lease», pág. 119.

jurídica, se le habilita esta vía directa, en homenaje a simplificar el requerimiento de cumplimiento.

En nuestro derecho lo podemos ver claramente: en las acciones directas que confiere al subarrendatario contra el arrendador originario el art. 1591; al arrendador contra el subarrendatario el art. 1592 y entre el mandante originario y el mandatario substituido y viceversa el art. 1926 y ss., todos del Código Civil.

La diferencia entre la subcontratación y la cesión de la posición contractual se advierte netamente si se compara la sublocación con la cesión de la locación.

En la sublocación no se establece una relación directa, salvo las acciones directas a que se ha hecho referencia precedentemente. En cambio, en la cesión de la locación, sí.

El subcontrato se distingue de la cesión de posición contractual porque aquél da nacimiento a un derecho nuevo, si bien del mismo contenido y de extensión no mayor (por el citado principio *nemo plus iuris*), en tanto que la cesión transfiere al cesionario el mismo derecho que corresponde al cedente.

Además, mientras la cesión deja fuera de la relación jurídica al cedente (salvo la garantía de evicción), el subcontrato deja subsistentes las relaciones entre las partes que conformaron el contrato base, de tal suerte que quien es parte en el contrato originario y a la vez en el subcontrato, tiene derechos y obligaciones frente a su contratante originario y a la vez derechos y obligaciones frente al subcontratista, de donde resulta una duplicidad de relaciones, lo cual sería inconcebible en el caso de haberse producido la cesión de la posición contractual.

Sin embargo a menudo es difícil establecer en la práctica, en algunos casos, si se trata de subcontrato o de cesión de contrato. Los caracteres diferenciales señalados pueden llegar a pecar de ser una petición de principio y son muchas veces reglas y consecuencias que se pueden establecer una vez determinado si la figura bajo examen es subcontratación o cesión. Hay que estar, por tanto, a la voluntad de las partes.

A esta dificultad sustancial se agrega en nuestro derecho que, a diferencia de lo que sucede en el derecho italiano, en materia de locación de cosas, nuestro código prácticamente ha equiparado ambas desde el punto de vista de la prohibición o permisión de su celebración, mientras que en el Código Civil italiano se requiere el consentimiento del cocontratante para la cesión más no para la sublocación (art. 1594 Código Civil italiano) ¹².

De todas maneras pueden sintetizarse las diferencias entre las instituciones que estamos analizando de la manera siguiente:

- 1) En la cesión se transmite la titularidad misma de la relación contractual: de comprador, de mandatario, de arrendatario, etc.. En el subcontrato, en cambio, se crea una nueva titularidad (por ejemplo la de subarrendatario) que permite usar en todo o en parte la posición de parte contractual creada por un contrato anterior, el cual sigue existiendo y permanece invariado, vinculando a los contratantes originarios. La cesión libera al cedente del contrato base, mientras que el subcontratante conserva la misma posición que tenía con relación al cocontratante originario. La cesión transfiere, el subcontrato crea.
- 2) La cesión da nacimiento a un contrato distinto (desde el punto de vista de los sujetos intervinientes) del contrato base, pero se trata del mismo contrato. En cambio el subcontrato, si bien tiene igual naturaleza, es un con-

¹² Es interesante la distinción que efectúa ANTUNES VARELA al sostener que la diferencia fundamental entre la cesión de la posición contractual y el subcontrato o contrato derivado es que en la primera el cedente renuncia de su posición de contratante, entrando el cesionario en su lugar, mientras que quien realiza un subcontrato mantiene su posición contractual anterior y se limita a construir otra relación contractual, en virtud de aquella otra posición. Joao de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigacoes em geral.*, Coimbra, Ed. Almedina, 5ª edición, 1992, pág. 387.

trato nuevo, aun cuando también esté condicionado por el contrato originario.

- 3) La cesión es un contrato de tracto único: agota su ser en el acto de operarse la transferencia de la posición contractual. En cambio el subcontrato es de tracto sucesivo, con cumplimiento duradero en el tiempo.
- 4) En la cesión el cesionario ingresa a la relación contractual primitiva. En cambio, en el subcontrato, el subcontratista no integra esa relación básica ni es necesario que la integre ya que, al no existir un cocontratante cedido, no es necesario su consentimiento. En la cesión de posición contractual hay tres partes integrando el negocio jurídico, mientras que en el subcontrato sólo hay dos partes ¹³.

9.6. Con la sustitución de la posición contractual derivada de la ley

En nuestra legislación y en la mayoría de las legislaciones modernas, se han contemplado casos de sustitución en la posición contractual por imperio de la ley ¹⁴.

¹³ Cfr. Atilio Anfbal ALTERINI, y Enrique Joaquín REPETTI, *La cesión del contrato*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Omeba, 1962, pág. 116.

¹⁴ Aun en el derecho anglosajón, tan distinto a nuestro sistema, encontramos hipótesis de cesión de derechos contractuales (que incluso comprenderían las obligaciones correspectivas) y que resulta interesante señalar, dado que ellos no han admitido la figura de la asunción de deuda y sólo por medio de la novación puede desligarse el deudor de la obligación. Se señala que la cesión automática de derechos y obligaciones contractuales se opera por imperio de la ley en los casos de muerte o quiebra (bancarrotas) de una de las partes contratantes. Desde luego que se excluyen aquéllos contratos en los que la prestación tiene carácter personal. Como ejemplos de contratos que se extinguen por la muerte de una de las partes se citan la relación sirviente-patrón o la que existe entre el propietario de un caballo de carrera y el jockey que lo corre. Excluye asimismo, en la hipótesis de quiebra las acciones por daños que para ser estimados deben referirse al dolor sufrido por el fallido con

Tal vez la hipótesis más usual es la de venta del inmueble locado por parte del locador, en cuyo caso el nuevo adquirente sustituye a aquél en tal condición de locador (art. 1498 de nuestro C. Civil). Ya volveremos más adelante sobre esta cuestión.

Los efectos de una y otra figura son idénticos, pero la diferencia podrá encontrarse en que en la cesión de posición contractual convencional, es menester el consentimiento prestado por las tres partes intervinientes en el negocio jurídico llevado a cabo, mientras que cuando se trata de la sustitución operada por imperio de la ley, tal consentimiento no es necesario ¹⁵.

9.7. Con la «adhesión al contrato»

Distinta de la cesión de posición contractual, pero teniendo grandes afinidades con ella, está la «adhesión al contrato», figura muy desarrollada en la literatura jurídica alemana (con la designación de *Vertragsbeitritt*).

La adhesión al contrato es el negocio por el cual un tercero asume la misma posición de uno de los otorgantes en otro contrato, no sustituyéndolo, sino a su lado, como cotitular de los derechos y obligaciones derivados de tal contrato.

relación a su cuerpo, mente o carácter, sin referencia inmediata a sus derechos de propiedad. Cheshire and Fifoot's. «Law of contract», op. cit., pág. 516, con referencia al caso «Beckham vs. Drake» (1849).

¹⁵ Atilio Aníbal ALTERINI y Enrique Joaquín REPETTI se ocuparon de este tema en el referido trabajo *La cesión del contrato*, Ed. Bibliográfica Omeba, una de las primeras publicaciones que, a nuestro juicio, ha tratado el tema bajo examen en la doctrina nacional. Allí se destaca que en la situación prevista en el art. 1498 de nuestro Código Civil existe una cesión de contrato, por imperio de la ley, pero sin contrato de cesión. Y cita a Busso, quien atribuye a la figura la característica de ser un verdadero caso de obligación *propter rem* o ambulatoria, ya que la obligación sigue a la cosa y vale aun cuando, por vía de hipótesis, se hubiera pactado entre adquirente y enajenante que no se respetaría la locación que existía al tiempo de la venta (págs. 88/89).

La adhesión al contrato es con relación a la cesión de posición contractual, como la asunción acumulativa de deuda es con relación a la asunción liberatoria. Se trata de un tipo de convención negocial que no está prevista directamente en la ley, pero cuya admisibilidad no puede ser puesta en duda, sobre la base del principio de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad ¹⁶.

¹⁶ Joao de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigacoes em geral*, Coimbra, Ed. Almedina, 5ª edición, 1992, pág. 390.

10. ESTRUCTURA DE LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL

A los fines de estudiar la estructura de la figura contractual bajo examen es menester tener en cuenta que al no estar legislada la cesión de posición contractual en nuestro país, para nosotros se trataría de un contrato innominado o atípico.

Siendo ello así, hasta tanto se legisle, la cesión tendrá las características que le asignen las partes contratantes en función de la libertad contractual.

Sin embargo, a partir de la regulación que ha merecido la institución en otros sistemas jurídicos y el estudio que ha hecho la doctrina, tanto nacional como extranjera, es posible establecer características comunes que, de alguna manera, van conformando una suerte de tipicidad social, permitiendo definir sus rasgos diferenciales.

En primer término es menester señalar que resulta imprescindible distinguir con nitidez el contrato que se transmite (contrato básico) y el negocio jurídico que provoca dicha transmisión, que no es otra cosa que un nuevo contrato (el contrato de cesión de contrato propiamente dicho), que se celebra básicamente entre cedente y cesionario, más allá de la intervención que, como parte, le cabe al cedido. La cesión es, pues, un contrato distinto del contrato base.

Por ello nosotros vamos a ocuparnos de la estructura de este contrato de cesión cuya materia es precisamente la sustitución de la posición contractual de una de las partes en un contrato.

10.1. Ambito de aplicación

La cesión de contrato puede efectuarse solamente respecto de los contratos con prestaciones recíprocas o correspectivas. De no tratarse de un contrato de esta naturaleza, habría simplemente una cesión de derechos o de crédito o una asunción de deuda.

Además, supone que el contrato no haya sido ejecutado (en todo o en parte) por ambos lados ¹.

El Código Civil italiano, al regular en forma general la cesión de contratos, puntualiza cual va a ser el campo de funcionamiento de la figura al establecer en el art. 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...».

El Código Civil portugués define de manera similar la clase de contratos que pueden ser objeto de cesión (art. 424), aun cuando algún sector de la doctrina lituana lo equipara a los contratos bilaterales o sinalagmáticos ².

Pero sea con la denominación que sea, con prestaciones recíprocas o bilaterales o sinalagmáticas, es natural que la actuación del negocio de cesión de posición contractual quede restringida a contratos con prestaciones por parte de ambos contratantes que aún no se hayan cumplido, porque ello es una exigencia de la figura.

¹ Cfr. Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 236.

² Cfr. Joao de Matos ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pág. 383, donde, en la nota N° 2 sostiene que si bien el art. 424 habla de contratos con prestaciones recíprocas, los contratos en los que nacen deberes de prestación ligados por un vínculo de reciprocidad son, en principio, los contratos bilaterales a los que se refieren más adelante los arts. 426 y siguientes. Es del caso señalar que similar disputa se advierte en nuestro derecho con relación a la terminología de «contratos con prestaciones recíprocas» del art. 1204 de nuestro C. Civil, tomada del C. Civil italiano sin que exista definida tal categoría legislativamente.

En efecto, si se trata de un contrato con prestación a cargo de una sola parte o de un contrato unilateral, la parte obligada por el vínculo contractual se encuentra en posición exclusiva de deudor, mientras que la contraparte se halla en la posición exclusiva de acreedor. Todo el peso del contrato está de un solo lado y ello es lo que impide que exista la transferencia a un tercero del conjunto unitario de derechos y obligaciones constitutivos de la posición de parte contratante. Podrá existir una cesión de crédito por parte del acreedor o una asunción de deuda si es el deudor el que traspasa su débito. Pero la cesión de posición contractual propiamente dicha solamente tiene sentido y justificación respecto de aquellos contratos que producen obligaciones contrapuestas (prestación-contraprestación); es decir en aquéllos en donde cada una de las partes contratantes es a la vez acreedor y deudor ³.

Algo similar sucede con los contratos en donde una de las partes ya ejecutó totalmente la prestación a su cargo. En tal hipótesis, aun cuando el contrato haya sido bilateral o sinalagmático en su origen, el que ejecutó íntegramente su obligación ya dejó de ser deudor en la relación contractual de que se trata. A la vez que el otro contratante ya dejó de ser acreedor, por lo que, por las mismas razones ya apuntadas anteriormente, la transferencia del contenido restante del contrato puede hacerse perfectamente por medio de una cesión de crédito o una traslación de la deuda ⁴.

Si el cumplimiento ha sido meramente parcial, puede operar sin inconvenientes la cesión de posición contrac-

³ Cfr. Angel Cristóbal MONTES, *La cesión de contrato en el derecho venezolano*, ya citada, pág. 72. y Francesco MESSINEO, *Doctrina general...*, t. II, pág. 236.

⁴ MIRABELLI en este punto señala que la identificación entre contratos con prestaciones recíprocas (*corrispettive*) y contratos bilaterales ha sido ya superada, quedando claro que aquéllos son todos los contratos onerosos, resultando, por tanto, excluidos de la cesión solamente los contratos gratuitos y sólo porque la cesión de la posición contractual, activa o pasiva, se identifica con una cesión de crédito o una asunción de deuda (Giuseppe MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., págs. 420/421).

tual por la parte de prestación todavía no ejecutada, respecto de la cual se continúa siendo deudor y acreedor por las partes del contrato.

Desde otro punto de vista, la cesión de posición contractual se puede dar tanto en los contratos de ejecución instantánea, como en los de ejecución continuada o periódica y respecto de estos últimos, sin importar que el cumplimiento no se haya iniciado todavía o esté parcialmente ejecutado.

En realidad lo que interesa es que no se trate de un contrato de ejecución inmediata. Vale decir que medie entre la celebración y la ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones asumidas, un determinado espacio de tiempo, espacio dentro del cual pueda tener lugar la sustitución subjetiva que constituye la sustancia principal de la cesión de posición contractual ⁵.

La preexistencia del contrato cedido con respecto al acto de cesión es una necesidad lógica más que una regla jurídica porque no se puede transferir lo que no existe.

Pero entre la inexistencia y la plena vigencia se advierten situaciones que no pueden ser indiferentes al campo de actuación de la cesión de contrato.

La duración puede penetrar en el contrato de dos maneras distintas. Ya sea que se refiera a una de las obligaciones que no sea la obligación principal o, por el contrario, que se trate de la obligación principal, porque la prestación característica debe ser repetida o continuada.

⁵ Con una terminología distinta, propia del derecho francés, se ha explayado sobre esta cuestión Laurent Aynes en la obra ya citada *La cession de contrat et les opérations juridiques a trois personnes*, en donde se pone también de relieve que la figura no funciona plenamente en la venta y en la donación, en razón de que si se ceden las obligaciones nacidas de la venta no se realiza una cesión de contrato sino un pago simplificado en razón de la particular naturaleza de la obligación principal que nace de este contrato. Pero ello no es de aplicación a nuestro derecho en donde no basta el consentimiento para operar la transferencia de la propiedad de la cosa objeto del contrato de compraventa sino que es menester que medie la tradición y, en materia de bienes inmuebles, la escritura pública y la inscripción registral con relación a los terceros.

Esta distinción, entre contratos instantáneos y sucesivos permite trazar los límites externos del campo de la cesión de contrato.

Se excluyen, por una cuestión de mera lógica como se ha dicho, del ámbito de la cesión, las convenciones que se ejecutan inmediatamente porque una modificación subjetiva con relación a la obligación principal es imposible si ésta ha dejado ya de existir para el futuro.

Es por ello que son los contratos no inmediatos, esto es, los de ejecución diferida o continuada, los que conforman necesariamente el dominio exclusivo de la cesión de contrato ⁶.

Se ha querido también excluir del campo de la cesión de posición contractual a los contratos asociativos.

El fundamento de tal exclusión radica en que celebrado el contrato asociativo y efectuados los aportes a que las partes se obligaron, queda cumplimentado el objetivo primario del contrato. Si después de ese momento se transfieren los derechos y las obligaciones emergentes de calidad de socio, se trata en realidad de la cesión de derechos sociales y esta transferencia no puede llevarse a cabo sino con la intervención y consentimiento de todos los asociados de manera que, en realidad, la operación entraña una modificación del grupo, más cercana a la constitución de una nueva sociedad que a una verdadera sustitución de la relación jurídica existente.

Y para visualizar el aserto de esta afirmación es importante tener en cuenta la situación de los acreedores de la sociedad, ante quienes el socio cedente no va a quedar desobligado si se trata de una sociedad en que los socios respondan por las deudas sociales. De manera concordante, el cesionario, nuevo socio, no va a quedar obligado por las obligaciones que como socio tenía el cedente frente a los terceros.

⁶ Laurent AYNES, op. cit., pág. 189.

El cesionario de derechos sociales no hace ningún aporte, salvo los casos en que su calidad implique la ejecución de un aporte diferido, continuo o prolongado. Pero en todo caso se trata de obligaciones hacia la sociedad cedida y no de obligaciones nacidas del funcionamiento externo del grupo.

En consecuencia, la calidad de asociado es diferente de la condición de parte del contrato de sociedad o de cocontratante ⁷.

En definitiva, la razón de ser de la distinción radica en que los contratos creadores (como los asociativos) son contratos naturalmente de ejecución inmediata.

Otra cuestión que ha ocupado a la doctrina italiana es la referida a la posibilidad de que los contratos con efectos reales sean susceptibles de ser cedidos, pronunciándose por la negativa. Funda su postura en el hecho de que al constituirse el derecho real, esa prestación ya queda cumplida, no estando prevista la registración del contrato de cesión ⁸.

10.1.1. Sustitución de la posición contractual por imperio de la ley

En lo que respecta al ámbito de aplicación de la figura, mirando no ya la clase de contratos a los que es dable sustituir una de las partes, sino tomando como pauta de distinción la voluntariedad o la obligatoriedad de tal sustitución, hemos visto que existen contratos en los que la posición contractual se transmite por imperio de la ley.

En tal sentido, y como ya se ha señalado anteriormente, el primer ejemplo que tenemos en nuestra legislación

⁷ Cfr. Laurent AYNES, op. cit., pág. 209.

⁸ Renato SCOGNAMIGLIO, *Tratato de diritto civile. Contratti in generale*, terza edizione, Como, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, volume quarto, fascicolo secondo, 1977 y las citas de Messineo y Mirabelli allí contenidas.

es la situación del art. 1498 del C. Civil. Dispone el artículo citado que «Enajenada la finca arrendada por cualquier causa, el adquirente debe respetar la locación por el tiempo acordado».

Esta norma, que se reitera en la mayoría de las legislaciones occidentales, tiene en miras no tanto un purismo teórico o académico, cuanto una situación social digna de tutela jurídica ⁹.

Se trata de proteger al locatario, teniendo en consideración que la materia interesa al orden público por entenderse que todo lo que tiene relación con la vivienda, como protección de la familia, núcleo central de la sociedad organizada, cumple una función social.

Si el adquirente de la «finca arrendada» tiene que respetar la locación pactada por su antecesor, contrato al que ha sido un tercero ajeno por completo, es evidente que se trata de un caso de transmisión de los efectos del contrato a un sucesor particular que se impone como una excepción a la regla que, en principio, establece la intransmisibilidad de los efectos de los contratos a tal clase de sucesores, a diferencia de lo que establece la primera parte del art. 1195 con respecto a los sucesores universales.

De la lectura de la nota de Vélez Sársfield al art. 1498 se desprende que tal obligación de respetar la locación tiene como causa una disposición de la ley, que es, indudablemente, una de las fuentes de las obligaciones.

Se trata de una verdadera sustitución de posición contractual ya que el anterior arrendador cesa en su postura, se

⁹ En igual sentido legislan el art. 1057 del C. Civil de Portugal y el art. 1592 del C. Civil italiano. En el C. Civil español existe una norma en sentido opuesto, en el art. 1571, que dispone que «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al momento de verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la ley hipotecaria», pero la Ley de Arrendamientos Urbanos contempla la prórroga del contrato para el arrendador aun cuando un tercero lo suceda en sus derechos y obligaciones (art. 57).

extinguen sus obligaciones al respecto y cesan también sus derechos, transmitiéndose tanto unas como otros al nuevo adquirente que los incorpora a su patrimonio en plenitud.

Obviamente que la particularidad de esta cesión contractual reside en la inexistencia de un acuerdo que dé origen a la transferencia: la misma se opera por imperio de la ley.

Algo semejante sucede en relación a la transferencia de la cartera de una entidad aseguradora, conforme la previsión del art. 47 de la ley 20.091. Es una situación intermedia entre la cesión convencional y la legal ya que la aseguradora puede ceder a otra su cartera, pero ello producirá plenos efectos en la medida que el asegurado no manifieste su oposición.

También se opera legalmente la sustitución de posición contractual en materia laboral cuando cambia la titularidad de la empresa, continuando el contrato de trabajo con el sucesor o adquirente, conservando el trabajador la antigüedad y los derechos que de ella se derivan (art. 225 de la ley 20.744 t.o.).

En función de lo dicho, se advierte cómo puede marcarse una diferencia sustancial entre la cesión de la posición contractual llevada a cabo convencionalmente y la que se opera, con independencia del acuerdo de los intervinientes, por disposición de la ley, en atención a intereses superiores que el legislador ha querido regular de manera expresa, al margen de la voluntad de las partes.

De allí que lo diferenciamos en cuanto al ámbito de aplicación.

10.2. Las partes

Se entiende por parte a cada uno de los centros de interés que intervienen en la celebración de un contrato.

De las partes se ocupa el art. 1137 de nuestro Código Civil, cuando define el concepto de contrato y comienza precisamente manifestando que habrá contrato cuando varias personas (aún cuando habla de personas es criterio pacífico que está refirién-

dose a las partes) se pongan de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.

En el caso de la cesión de posición contractual, los sujetos intervinientes tienen que tener plena capacidad para obrar y para soportar en su esfera jurídica los efectos nacidos del negocio de cesión y los del contrato que es objeto de tal cesión.

Es imprescindible en este punto tener en cuenta que debe distinguirse con nitidez el contrato que se transmite, objeto de la cesión, del negocio jurídico que provoca dicha transmisión y que no es otra cosa que un nuevo contrato ¹⁰.

Se torna necesario, por tanto, distinguir entre las partes que conformaron el contrato base y las que llevan a cabo el contrato de cesión de la posición contractual.

De estas últimas habremos de ocuparnos.

Para el *cesionario*, el negocio de cesión equivale a celebrar un contrato igual al contrato base.

Para el *cedente*, el negocio se equipara a un fenómeno de rescisión o de desistimiento voluntario de un contrato sinalagmático.

Para el contratante *cedido*, si bien conserva en el contrato la misma posición originaria, al permitir que la contraparte sea sustituida, su posición jurídica se asemeja a la que tenía en aquel momento en la medida que tiene que analizar la solvencia del cesionario, las posibilidades que tiene de cumplir con las prestaciones a su cargo, su confiabilidad, su situación patrimonial, etc..

Por ello, desde el punto de vista del contratante cedido, el negocio de cesión de la posición contractual, excede de la mera administración, para cuya celebración debe exigirse capacidad plena para obligarse.

¹⁰ Así lo destaca Angel Cristóbal MONTES, en el trabajo citado sobre *La cesión de contrato en el derecho venezolano*, con apoyo en Messineo de quien transcribe la frase «*la materia del contrato de cesión es un contrato*».

Ello así porque este negocio jurídico de cesión de posición contractual afecta al patrimonio del antiguo contratante que sale de la relación contractual; al patrimonio de quien le sucede en ella y al que permanece sin cambio ya que, por entrañar la cesión una sucesión en las deudas a título particular, el primero pierde, el segundo adquiere la titularidad de una relación jurídica y el patrimonio del tercero puede perjudicarse o beneficiarse, toda vez que se está actuando sobre una relación jurídica que le afecta.

La terminología de cedente, cesionario y cedido ha sido comúnmente aceptada y tiene una gran precisión e interesante fuerza expresiva ¹¹.

El cedente, al celebrar el contrato, tiene interés en liberarse, exonerarse de una relación contractual, perdiendo su titularidad y consiguientemente los derechos y las obligaciones que forman el contenido de tal relación. Además puede también tener en miras la contraprestación que puede llegar a obtener a cambio de transferir la titularidad de la posición contractual. Aun cuando también puede acontecer, según ya hemos visto, que en función del contenido del contrato base, la contraprestación puede ser de contenido negativo, en el sentido de que tenga que pagar para transferir a un tercero la calidad de parte en un determinado contrato.

El cesionario tiene un interés exactamente opuesto al del cedente. Quiere ingresar a la relación contractual, asumiendo la titularidad de los derechos y obligaciones que integran su contenido. Para ello deberá abonar el precio que constituya la contraprestación en el contrato de cesión, con la salvedad a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior.

El cedido, en cambio, tiene un interés más indirecto en el negocio. En realidad le preocupa la persistencia de la relación jurídica nacida del contrato base y su objetivo debiera

¹¹ Manuel GARCÍA AMIGO, op. cit., pág. 332.

ser básicamente que el cambio de sujeto como cocontratante no lo perjudique o, mejor aún, lo beneficie, en función de las calidades de la persona que presenta el cesionario.

La función del cedido es más restringida que la de los otros participantes en el negocio. Estos tienen que discutir las condiciones en que se va a celebrar la sustitución de la posición contractual, mientras que el cedido, en principio, limita su intervención a aceptar u oponerse a la transferencia.

Pero es claro que, a diferencia de lo que sucede en materia de cesión de créditos, en donde es indiferente para el deudor cedido quien sea su acreedor, por lo que basta notificarlo para que sepa a quien efectuar el pago válidamente, en la cesión de posición contractual sí interesa al cedido la persona del nuevo cocontratante puesto que, al tratarse de contratos con prestaciones correspondientes pendientes de ejecución, el cesionario no solamente es su acreedor, sino también su deudor. De allí que se requiere su intervención activa como parte del contrato, no bastando la mera notificación del negocio celebrado por cedente y cesionario ¹². Como dice Puleo, «*la adhesión del contratante cedido tiene por fin preservarle del perjuicio que podría derivarse del cambio de la persona del deudor*» ¹³.

Existe toda una disputa referida al rol del cedido en cuanto si este asentimiento o consentimiento que debe prestar es un mero requisito de eficacia del contrato, ya concluido entre cedente y cesionario o si, como es la opinión prevaleciente, se trata de un elemento constitutivo del acuerdo, lo que transforma al negocio en un contrato trilateral ¹⁴.

¹² Francesco MESSINEO, *Doctrina general* ... pág. 237.

¹³ PULEO. *La cessione del contratto*, Milán 1939, pág. 76.

¹⁴ Puede consultarse sobre este punto a Renato SCOGNAMIGLIO, y la doctrina allí citada. *Contratti in generale*, terza edizione, Como, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, volume quarto, fascicolo secondo, 1977, pág. 215.

Cabe señalar que en los casos de sustitución de posición contractual impuesta por la ley, la participación del cedido es prácticamente nula.

Pero salvo esta situación especial recién referida, es regla que los tres participantes en la cesión de la posición contractual deben quererla o consentirla en cuanto la misma repercute patrimonialmente sobre ellos.

Esta afirmación nos lleva a la conclusión de que el contrato de cesión de posición contractual es un negocio *trilateral*. Ello así porque es imprescindible que se den tres declaraciones autónomas de voluntad.

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» (sentencia de 28 de noviembre de 1961) aclarando que «el consentimiento del contratante cedido no tiene simplemente el valor de mera adhesión al acuerdo ya perfeccionado entre el cedente y el cesionario, sino el de elemento constitutivo de la cesión...(sentencia del 15 de abril de 1958) ¹⁵.

El cedido es parte en el contrato de cesión por lo que su declaración de voluntad es elemento integrante del consentimiento contractual ¹⁶.

¹⁵ Citas de jurisprudencia incluidas en el trabajo de Angel Cristóbal MONTES sobre *La cesión de contrato en el derecho venezolano*, pág. 65.

¹⁶ Es interesante señalar que en la escasa jurisprudencia que existe en nuestro país sobre cesión de posición contractual, se puede encontrar un fallo del año 1990, que mereció una nota de Rubén H. Compagnucci de Caso, en donde se señala que el cedido no es parte. Concretamente, sostiene la doctrina del fallo que «En la cesión de la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato, la cesionaria adquiere el rango de parte contractual, con su posición activa y pasiva en las prestaciones recíprocas; en tales condiciones, el contratante cedido no es parte, limitándose a dar su asentimiento expreso o tácito» (C.N. Civ. Sala «A», abril 7 de 1989. Alsina 396 c/ Corina, Alfredo E. - L.L. 1990-D, 328). Pero Compagnucci de Caso, comentando el fallo, si bien no trata la cuestión como uno de los puntos centrales de su análisis, se refiere al tema cuando habla de las clases de cesión de

Cuando no concurre su consentimiento, cuando la cesión se concluye sólo entre cedente y cesionario, el contrato no surte efectos frente al cedido para quien dicho contrato es *res inter alios acta*. Ello no significa que este contrato entre cedente y cesionario no sea válido o no exista, pero es ineficaz para producir los efectos propios de la sustitución de posición contractual ¹⁷.

Bastará que el contratante cedido preste su aprobación o dé su consentimiento al negocio jurídico bilateral antes celebrado para que la ineficacia quede eliminada retroactivamente.

Se puede advertir fácilmente cómo un acto jurídico bilateral como la cesión, sin intervención del cocontratante cedido, presenta escaso interés desde la óptica que nosotros estamos analizando el tema. Si lo que se persigue es hacer

contrato y, sobre el particular, expresa que en la cesión «con liberación del cedente» es imprescindible la concurrencia del cedido, quien debe manifestar su voluntad de liberar al cedente, por lo que resulta obvio que en la especie concurren tres voluntades al acuerdo, lo que lo transforma en un negocio trilateral o plurilateral (con cita de Trigo Represas, Andreoli, Messineo y Espin). Comparte así la postura de Andreoli quien, adhiriendo a la construcción unitaria de la cesión, considera que el consentimiento del cedido integra, como elemento interno, la estructura del negocio de cesión. Y cita, considerándola inaceptable, otra opinión doctrinaria que juzga el asentimiento del cedido como una especie de *conditio iuris* y no un elemento integrativo del contrato. Reconoce, como no podría ser de otra manera, que en los casos en que el cedido no libera al cedente, ya sea porque no participa del negocio o porque al dar el asentimiento manifiesta su voluntad contraria a dicha liberación, el cedente se mantiene dentro de la relación contractual y la participación del cedido es distinta, produciéndose en este caso una cesión de derechos con asunción acumulativa de deudas (con cita de jurisprudencia nacional). Y, desde luego, que en los casos de cesión de posición contractual a través de endoso (prevista en el C. Civil italiano en la 2ª parte del art. 1407) la intervención del cedido es prácticamente nula por lo que no cabe considerarlo parte del negocio de cesión.

¹⁷ SCOGNAMIGLIO comparte la idea que se trata de un contrato plurilateral y en función de ello sostiene que el acuerdo parcial concluido entre cedente y cesionario constituye por tanto una «fase formativa», y en este sentido aún no vinculante del contrato completo, fase en la cual se realiza la obligación de comportarse de buena fe con la consiguiente responsabilidad por los intereses negativos por parte de quien lleva a cabo una conducta contraria, por ejemplo, retirando sin una seria justificación su consentimiento. Renato SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, op. cit., pág. 216. con cita de Carresi y Mirabelli.

subentrar en la relación contractual un nuevo contratante en el lugar de uno de los originarios la cesión simple no sirve ¹⁸.

Tal vez pueda considerarse que la situación del contratante cedido no es la de parte en un sentido exactamente igual a la de cedente y cesionario, porque el negocio principal se lleva a cabo entre éstos. Pero queda claro que su participación, prestando el consentimiento a la sustitución, es imprescindible para que ésta produzca efectos plenos.

En este sentido el Código Civil italiano da la impresión de poner a cedente y cesionario como a los dos actores principales en este negocio, siendo el cedido un actor secundario, pero actor al fin. Si se analiza el art. 1406 se puede advertir cómo habla de que «cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones.... con tal que la otra parte *consienta* en ello». Vale decir que el rol protagónico está nomás reservado a aquéllos mientras que el cedido participa pero no tan activamente: basta con que preste su asentimiento.

Ello no impide seguir sosteniendo el carácter de negocio trilateral al que hemos adherido anteriormente.

10.3. La capacidad

Para que las declaraciones de voluntad sean eficaces es menester que quien las emita tenga capacidad.

Tanto capacidad de hecho, esto es, la aptitud para ejercer por sí los actos de la vida civil, como capacidad de derecho, vale decir que no existan impedimentos de celebración en que esté interesado el orden público, que le impi-

¹⁸ En este sentido MESSINEO expresa que «una eficacia restringida a los participantes en la cesión (cedente y cesionario), pero sin que la cesión tenga efecto frente al cedido, es prácticamente incompleta, puesto que ni el cedente quedaría liberado ni el cesionario podría ser legitimado a cumplir respecto del cedido, ni lo que más importa- el cedido tendría el deber de cumplir en manos del cesionario», *Doctrina general del contrato*, pág. 237.

dan a alguno de los celebrantes ser titular en la relación jurídica de que se trata.

La capacidad para celebrar el contrato de cesión de la posición contractual será la genérica «capacidad de contratar», según la naturaleza del contrato básico que se transfiere y teniendo en consideración el contrato de cesión, puesto que si aquél es un contrato a título oneroso, éste último podría ser a título gratuito en cuyo caso se requeriría una plena capacidad, según las disposiciones de nuestro Código Civil al respecto.

En otras palabras, no se advierte que se requiera una capacidad específica distinta a la general, sino que basta con poseer la aptitud para celebrar, tanto el contrato básico como el de cesión, según el objeto y la naturaleza que cada uno de ellos posea.

10.4. Formación del consentimiento

La cesión de posición contractual persigue la transmisión de la relación contractual como un todo, para permitir el ingreso de un nuevo sujeto en la posición jurídica, activa y pasiva, de uno de los contratantes originarios.

La posición de parte contratante se constituye como un centro de intereses formado por una serie de créditos y débitos principales, de derechos potestativos y de derechos y deberes secundarios o accesorios que conforman un todo unitario.

En virtud de ello, en toda cesión de posición contractual debe distinguirse con nitidez entre el contrato que se transmite (contrato básico) y el negocio jurídico que provoca dicha transmisión, negocio que no es otra cosa que un nuevo contrato y que como tal, requiere del consentimiento de los intervinientes.

Y en este punto se ha debatido si lo que se verifica como consecuencia del negocio de cesión es una traslación de la relación jurídica contractual originaria, que pasa del cedente al cesionario o si, por el contrario, a través de nuevas declaraciones de voluntad, se produce la renovación total del contrato primitivo, el cual queda sustituido por un nuevo contrato entre cesionario y contratante cedido.

En este último sentido se proclama Carresi, para quien la construcción dogmática de la cesión es la de una «reproducción contractual», a través de la cual cesionario y contratante cedido proceden a la renovación del contrato ¹⁹.

Pero creemos que esta tesis de la renovación contractual no puede ser admitida pues, de ser así, carecería prácticamente de sentido la figura de la cesión de posición contractual que apunta, precisamente, a permitir la subsistencia del contrato originario pese a la modificación subjetiva ²⁰.

Si se parte de la base que existe una «renovación» o una «reproducción» contractual se estaría admitiendo implícitamente que se ha operado la extinción del contrato primitivo, afirmación incompatible con la teoría de la persistencia del vínculo que hemos venido hasta acá preconizando en la hipótesis de la sustitución de la posición contractual ²¹.

El consentimiento es el resultado de la confluencia de las declaraciones de voluntad de las partes.

En el tema que nos ocupa reviste especial interés, por la especial conformación del contrato de que se trata, la manifestación de voluntad del contratante cedido.

¹⁹ Citado por DIEZ PICAZO en *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, pág. 830. Y en sentido parecido se expide NICOLÒ, partiendo de la idea de que el negocio de cesión provoca mediante las nuevas declaraciones de voluntad, la renovación del contrato primitivo.

²⁰ No puede dejar de señalarse en este punto, por la autoridad de quien emite el voto, un fallo que, básicamente apunta a señalar la posibilidad de ceder un boleto de compraventa, pero, tangencialmente, toca el tema que nos ocupa. «Los boletos de compraventa son, en principio, cesibles. Pero cuando la cesión se subordina a la conformidad de la otra parte, ella no es obra de la exclusiva voluntad del cedente, sino del renovado consentimiento de los contratantes originarios de la compraventa y, asimismo, del cesionario, lo cual contraviene la doctrina unánime de los autores, que en la cesión de créditos prescinde de la conformidad del deudor cedido» (del voto del Dr. Llambías). (C. N. Civil. Sala «A», julio 7-1967. «Grinspan Abraham D. c/ Lococo, Clemente». L.L. 128-165).

²¹ Así lo entiende GARCÍA AMIGO, en la obra ya citada (pág. 73), y los autores que confieren a la cesión de posición contractual una individualidad y autonomía en razón, precisamente, de permitir el traspaso del conjunto complejo de derechos y obligaciones sin que medie novación ni esta llamada renovación.

Por lo general, el convenio que da lugar al contrato de cesión se verifica por iniciativa del cedente o del cesionario. Y cuando estos contratantes se han puesto de acuerdo, requieren la conformidad del contratante cedido.

Esta conformidad puede ser prestada de manera expresa o tácita y, en este último caso, se plantea el problema de establecer cuándo la conducta del cedido puede ser interpretada como un acto que implica exteriorizar la voluntad tácita de consentir la cesión ²².

De la misma manera esta conformidad del cedido debe revestir todos los requisitos para que valga como expresión del consentimiento por parte de este contratante: debe tratarse de un acto jurídico consciente y voluntario dirigido a producir efectos jurídicos.

Las declaraciones de las partes deben ser congruentes para que puedan dar lugar al consentimiento contractual. Y la congruencia no es otra cosa que la acomodación de las pretensiones económico-jurídicas de cada uno de los contratantes. Así, cuando tales pretensiones son concurrentes, cuando confluyen oferta y aceptación, nace el contrato ²³.

Pero como en la cesión de posición contractual intervienen tres sujetos, esta declaración de voluntad común tiene una complejidad mayor que la de un contrato simple.

Como hemos dicho precedentemente, el acuerdo se origina entre cedente y cesionario y la cuestión se suele suscitar acerca de la participación del contratante cedido en esta declaración de voluntad común.

Esta aceptación, conformidad o como se le quiera llamar, es ni más ni menos que su declaración de voluntad que per-

²² En fallo de fecha 7 de abril de 1989, de la C.N. Civ. Sala «A» se acepta la posibilidad que el asentimiento del cedido se preste en forma tácita. (L.L. 1990-D, 328). En sentido contrario existe un fallo de la Cám. Apel. Civil y Com. de Paraná de fecha 27 de noviembre de 1978, *in re* «Barbero Dora E. c/ Zales de Scuzaberg, Clara». Z, 19-237.

²³ Cfr. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, págs. 328/329.

mite el perfeccionamiento del contrato de cesión. Y esa exteriorización de parte del cedido puede emitirse en distintos momentos: puede serlo simultáneamente con la concertación que llevan a cabo cedente y cesionario. Pero también puede prestarse anticipadamente o después de concretado el acuerdo entre cedente y cesionario.

De lo que no podemos dudar es que la presencia de este consentimiento es indispensable, es vital, es imprescindible, para que el contrato de cesión de posición contractual produzca plenos efectos, para que sea verdaderamente eficaz, produciendo el objetivo buscado de transferir ese complejo de derechos y obligaciones de un sujeto a otro ²⁴.

10.4.1. Consentimiento simultáneo

El consentimiento prestado de manera simultánea no ofrece mayores dificultades y se visualiza como la manera más evidente de llevar a cabo esta negociación trilateral.

Podríamos decir que es la forma natural de llevar a cabo el negocio *sub examen*.

10.4.2. Formación progresiva

10.4.2.1. Consentimiento previo

Es posible que el o los contratantes originarios presten su acuerdo para posibilitar la sustitución de la posición contractual de manera previa, ya sea en el mismo momento en

²⁴ Existe algún fallo que trata, en un breve párrafo, la posibilidad de ceder un boleto de compraventa por endoso, la posibilidad de ceder aun frente a una negativa y los efectos que allí se producen. Por su interés he considerado útil su transcripción: «Los boletos de compraventa pueden ser cedidos aun por simple endoso y, en determinadas situaciones contractuales -caso de pago de precio al contado-, aunque haya prohibición expresa al

que celebran el contrato básico, ya sea luego, pero antes de que se concrete el contrato de cesión.

Este acuerdo puede darse tanto en contratos que pueden ser transferidos mediante la mera entrega, cuando se trata de documentos al portador, como en aquellos otros en los que se requiera la instrumentación del convenio ²⁵.

10.4.2.2. *Consentimiento posterior*

Cedente y cesionario, una vez que se han puesto de acuerdo en su negocio jurídico particular, para que el mismo pue-

respecto, ya que el vendedor no tiene interés jurídico para reclamar la nulidad de la cesión puesto que le resulta indiferente transmitir la propiedad a una u otra persona y la falta de conformidad no tiene más efecto que no desobligar al deudor primitivo» (C.N.Civ., Sala «B», abril 7-1967. «Midon, Roberto c/ Negrete, Paula». L.L. 128-182. J.A. 967-V-218).

²⁵ Sobre la controversia acerca de la existencia de verdadera cesión de contrato en estos casos de documentos que se transmiten a través de su mera tradición, con postura negativa de LAPP y positiva por parte de MOSSA, VALLS TABERNER y GARRIGUES, puede verse GARCÍA AMIGO, obra citada, pág. 340 y ss. en donde se expone también la postura de la jurisprudencia española al respecto. En el derecho anglo-americano, en donde, como ya hemos dicho, no está legislada ni aceptada la cesión convencional de posición contractual como nosotros la entendemos, se hace una distinción entre la negociabilidad y la cesión que entendemos de interés en este punto. Se dice que un instrumento negociable como el dinero efectivo o títulos semejantes (como un cheque) se transmiten por la mera entrega y, se señala, es uno de los casos en los cuales se deja de lado la máxima *nemo dat quod non habet*. Y a continuación se subrayan las diferencias entre la transferencia de un instrumento negociable y la cesión de derechos contractuales en tres aspectos: a) cuando se trata de la transferencia de un instrumento negociable no es necesario notificar al deudor del cambio de titularidad (en el caso del cheque no es menester notificar al banco la transferencia del cheque). b) A diferencia de lo que sucede en el caso de cesión de derechos contractuales, la transferencia de un instrumento negociable no está sujeto a «equidad» (*equities*): el portador de un instrumento negociable adquiere un título perfecto al margen de la relación entre el anterior titular y el deudor. (se cita el caso *Miller vs. Race* en el cual se reconoció el derecho de un tercero de buena fe a percibir el importe de un cheque que había sido robado. c) La regla de la «*consideration*» (causa) que se aplica a los contratos en general y por tanto también a la cesión de derechos contractuales, no se requiere en la transferencia de un instrumento negociable. El portador puede reclamar el pago sin probar que él haya cumplido con alguna contraprestación a cambio de lo que va a recibir. *Cheshire and Fifoot's. «Law of contract»*, ninth edition, Londres, Ed. Butterworths, 1976, pág. 509 y siguientes.

da concretarse con plenos efectos, requieren al cedido que preste su consentimiento a las estipulaciones establecidas por ellos. Desde luego que este consentimiento sólo está referido a los aspectos que interesan al cedido. En nada afecta ni incumbe a este último dar su conformidad a los puntos que se refieren a la negociación interna entre cedente y cesionario: cuál es el precio que se pacta, cómo se va a pagar, cuál o cuáles aspectos del contrato quedan fueran de la negociación y todos aquellos otros puntos que no se relacionan con el contrato básico sino con su negocio particular.

El cedido puede aceptar lisa y llanamente la cesión de la manera que lo han acordado los celebrantes, pero también puede pensarse la hipótesis que el cedido requiera modificaciones en algún aspecto en que esté interesado y, eventualmente, negarse a aceptar.

Vale decir que el cedido tiene no solamente libertad de contratar, para adherir o no al negocio que se le propone, sino que también tiene libertad de contratación o libertad contractual, para elegir los términos a través de los cuales va a prestar su consentimiento al negocio de que se trata.

10.5. La forma

Otro de los elementos significativos que merecen atención al tiempo de estudiar la estructura de la cesión de posición contractual es lo relativo a la forma que debe revestir el negocio jurídico bajo examen.

Se trata de un tema que actualmente constituye motivo de estudio, partiendo de la base que, en general, rige el principio de la libertad de las formas. Nuestro Código Civil lo receptó en el art. 974, aplicable por expresa remisión que hace el art. 1182 del mismo código ²⁶.

²⁶ El derecho anglosajón en este punto tiene características similares a las nuestras. Aun cuando ya hemos señalado no se acepta la asunción de deudas y por tanto la cesión de

En virtud de tal principio las normas que prescriben formas particulares son de carácter excepcional, con la consecuencia del impedimento de efectuar una interpretación analógica de tales reglas ²⁷.

Puede afirmarse que la justificación de la exigencia de determinadas formas obedece a dos razones fundamentalmente: a) Tutela de los intereses de los terceros que pueden verse afectados por ese negocio jurídico; b) Tutela de los intereses de los protagonistas del negocio ²⁸.

Sobre el particular pueden plantearse básicamente dos posturas: a) quienes sostienen que la cesión puede llevarse a cabo de cualquier forma y que en particular el asentimiento del cedido puede resultar incluso de manera tácita y b) los que, en cambio, sostienen que debe adoptarse la misma forma prevista para el negocio básico transferido, posición esta última que nos parece más razonable ²⁹.

Responde esta afirmación al principio, también general, que cualquier negocio jurídico accesorio o modificatorio de otro negocio, para el cual está prevista una forma, debe seguir esa forma ³⁰.

la posición contractual sino que se parte de la base de que la novación es el único medio de liberar al deudor, se sostiene que en el derecho moderno nada impide que una parte contratante ceda, es decir, transfiera, a un tercera parte contratante, los derechos que ya existen. Y con relación a la forma, se señala que las formalidades para tal cesión se limitan a un mínimo. Aun cuando es necesaria la forma escrita para la cesión y también la forma escrita para la notificación al deudor (para informarle a quien debe pagar), una cesión verbal es suficiente para transferir títulos a la orden. P.S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Fifth Edition, Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 362.

²⁷ Cfr. Alberto LEPRI, op. cit., pág. 15.

²⁸ SANTORO-PASSARELLI, «Atto e forma del negozio giuridico», en *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, pág. 727, citado por Alberto LEPRI, op. cit., pág. 16.

²⁹ Cfr. Renato SCOGNAMIGLIO, *Tratatto de diritto civile. Contratti in generale*, terza edizione, Como, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, volume quarto, fascicolo secondo, pág. 217.

³⁰ Principio de alguna manera receptado por el inc. 9º del art. 1184 de nuestro C. Civil; arts. 1351, 1392, 1403 del C. Civil italiano.

En términos generales podría asimismo sostenerse que en la medida que la cesión de posición contractual lleva implícita en sí misma la cesión de los derechos emergentes de ese contrato, deberán respetarse las normas sobre forma previstas para la última.

Adherimos a esta postura, considerando que una remisión a lo dispuesto sobre la cesión de derechos en general bastaría para regular el tema, sin que sean necesarias mayores restricciones o disposiciones al respecto.

10.6. Los efectos

Como ya se ha visto, el contrato de cesión de la posición contractual es un negocio jurídico *trilateral*. Ello así en razón de requerirse el consentimiento de los tres sujetos o partes involucrados, que tienen diferentes intereses.

Para que la cesión de posición contractual tenga sentido y justifique su existencia como institución autónoma es indispensable que se lleve a cabo como un negocio jurídico plurilateral con intervención del cocontratante cedido.

Un contrato limitado al acuerdo entre cedente y cesionario es insuficiente para producir los efectos que se buscan a través de la cesión de posición contractual: hacer subentrar en la relación contractual un nuevo contratante en lugar de uno de los originarios, dicho de otra manera, traspasar el contrato íntegro ³¹.

Para que exista una sustitución plena es indispensable el negocio trilateral.

³¹ En este punto cabe poner de resalto que 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 (cita de Cristóbal MONTES, op. cit., pág. 68). Pero, como hemos dicho, no es ése el fin buscado.

De esta trilateralidad nace una especial complejidad en los efectos que produce, que requiere necesariamente un examen sucesivo de las distintas consecuencias que el contrato provoca.

Así, para estudiar sistemáticamente los efectos de la cesión de la posición contractual, es imprescindible distinguir tres clases o grupos de relaciones que se generan a partir del negocio de cesión, a saber: a) la relación entre cedente y cedido; b) la relación entre cesionario y cedido; finalmente, c) la relación entre cedente y cesionario.

10.6.1. La relación entre cedente y cedido

Desde que el cedido presta su consentimiento para la sustitución de la posición contractual por parte de su cocontratante originario, el cedente le traspassa al cesionario el conjunto de derechos y obligaciones que conforman el status de parte en el negocio jurídico básico. Por ello el cedente, salvo disposición contraria, queda liberado de las obligaciones propias de aquella posición del contrato que se cede y correlativamente pierde los derechos nacidos a su favor como consecuencia del mismo.

Naturalmente que la liberación del cedente no tiene efecto retroactivo. Se produce *ex nunc* y no *ex tunc*. Si se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, en donde ya ha existido un cumplimiento parcial, el cedente continúa obligado a cumplir con las obligaciones correspondientes al período anterior a la cesión y, correlativamente, podrá exigir del contratante cedido la satisfacción de los derechos derivados de la contraprestación ya efectuada.

En los casos especiales en donde convencionalmente se ha operado la transferencia del contrato, pero no la liberación del cedente, las consecuencias son lógicamente distintas³². El ce-

³² MIRABELLI sostiene que sobre la base de la disciplina legislativa se han construido tres hipótesis distintas de cesión (referido naturalmente al C. Civil italia-

dente asume, frente al cedido, la calidad de responsable eventual para el caso de que el cesionario no cumpla con sus deberes contractuales. Algunas legislaciones le atribuyen de manera expresa la condición de fiador ³³.

Esto ha llevado a decir a quienes no comparten la postura de considerar fiador al cedente que esta responsabilidad subsidiaria del cedente constituye una situación intermedia entre la fianza y la solidaridad pasiva. Se distingue de la fianza, porque el cedente responde por el cumplimiento después que el cesionario se niega a cumplir. No se confunde con la solidaridad porque el cedente no responde por una deuda propia, sino que asegura la satisfacción de una deuda ajena ³⁴.

En general, se ha legislado estableciendo que en los casos en que el cedente no queda liberado, el cesionario debe darle aviso dentro de un plazo más o menos breve, haciéndole conocer el incumplimiento por parte del cedido ³⁵.

no): cesión con liberación del cedente (art. 1408, 1^{er} párrafo), cesión sin liberación del cedente (art. 1408, 2^o párrafo) y cesión por endoso de un documento contractual (art. 1407, 2^o párrafo). Pero expresa que esta tripartición no tiene fundamento sustancial y que las tres formas resultan homogéneas. La liberación del cedente es un efecto natural de la cesión, que puede ser excluido por medio de una cláusula expresa, pero no hace a la sustancia del fenómeno, que consiste siempre en la sustitución de un sujeto por otro en una posición contractual, aun si el sujeto sustituido queda obligado en caso de incumplimiento del sustituto. Concluye sosteniendo en este sentido que de cualquier manera se trata de un contrato plurilateral (Giuseppe, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., pág. 422.).

³³ Así lo regula el C. Civil del Perú en el art. 1438. Se expide en contra de esta postura DIEZ PICAZO manifestándose porque en caso de que el cesionario no cumpla con sus deberes contractuales el cedente no es en puridad un fiador y por ello no goza del beneficio de excusión y su responsabilidad es sólo subsidiaria.

³⁴ Cfr. Joao de Matos ANTUNES VARELA, op. cit., pág. 402.

³⁵ El C. Civil italiano lo fija en un plazo de quince días (art. 1408); el del Perú en treinta días (art. 1437) y diez días en el C. Comercio de Colombia (art. 891).

10.6.2. *La relación entre cesionario y cedido*

El contratante cedido y el cesionario asumen, recíprocamente, la figura de partes del contrato transferido y la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del mismo.

En consecuencia, el cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones nacidas del contrato y, recíprocamente, el cesionario puede oponerlas al cedido ³⁶. No podrían, en cambio, salvo expresa reserva en el momento de la transferencia, oponer las excepciones fundadas en las relaciones personales propias con el cedente no dependientes del contrato materia de cesión. No podría, por ejemplo, el cedido oponer al cesionario la excepción de compensación entre una deuda dependiente del contrato cedido y otra deuda independiente a éste, existente entre él y el cedente ³⁷.

Como consecuencia natural de la transferencia subjetiva operada, el contratante cedido no puede ya cumplir ejecutando la prestación en favor del cedente y si lo hiciera no quedaría liberado con relación al cesionario.

Asimismo, como efecto propio de la sustitución, a la par de los derechos y obligaciones principales, el cesionario asume frente al cedido los deberes laterales o secundarios, las expectativas, las cargas y los deberes accesorios de conducta que se derivan de la relación contractual básica, excepción hecha, claro está, de los que son inseparables de la persona del cedente ³⁸.

³⁶ En el derecho anglosajón se refiere una situación semejante, aún cuando no se habla de cesión de posición contractual. Pero en la simple cesión, bajo las normas del Código Comercial Uniforme, el cesionario está sujeto a todas las defensas que puedan ser planteadas contra el cedente por el deudor cedido (U.C.C. &9-318). Véase sobre el punto el *Black's Law Dictionary*. edición citada, bajo la voz «assignee», p. 118.

³⁷ Así lo sostiene MESSINEO (*Doctrina general del contrato*, t. II, p. 241) con referencia al C. Civil italiano.

³⁸ Esta solución se deriva de manera clara del art. 427 del C. Civil de Portugal, parecido al art. 1410 del italiano.

Cuando se produce el incumplimiento de alguna de las obligaciones propias del contrato básico, luego de la cesión, entre cedido y cesionario se abren las siguientes alternativas, a condición de que el interesado haya cumplido con las obligaciones a su cargo, a saber:

- a) Negarse a cumplir con las obligaciones posteriores que el contrato pone a su cargo, oponiendo la *exceptio inadimpleti contractus*.
- b) Exigir el cumplimiento.
- c) Pedir la resolución del contrato base, con o sin interpe-lación, según exista o no pacto comisorio expreso, con los consiguientes daños y perjuicios.

10.6.3. *La relación entre cedente y cesionario*

El efecto típico entre estos dos sujetos del negocio de cesión es la transmisión de la calidad de contratante en el contrato básico que el primero transfiere al segundo.

Esta transmisión se descompone, a su vez, de las siguientes consecuencias: 1) El transmitente (cedente) pierde los créditos, los derechos potestativos y las expectativas correspondientes a la posición contractual cedida. 2) También el cedente se libera de las obligaciones, de los deberes y de los estados de sujeción correspondientes a la referida posición contractual. 3) Por su lado el cesionario adquiere los créditos y asume las obligaciones que se le transfieren, amén de los derechos potestativos y expectativas correspondientes a la calidad de parte en el contrato básico ³⁹.

Una síntesis de este primer orden de efectos puede resumirse diciendo que *se opera una modificación subjetiva de la relación contractual básica*.

³⁹ Cfr. Joao de Matos ANTUNES VARELA, op. cit., pág. 394.

Desde luego que la transmisión de la relación contractual básica se realiza con la configuración que ésta tiene en el momento de la cesión y no la que tenía en el tiempo de la celebración del contrato básico.

También es de destacar que al margen de la transferencia de la posición contractual, la cesión genera entre cedente y cesionario otro orden de relaciones que se refieren al contenido del contrato de cesión en sí mismo.

Si éste se celebra a título oneroso, generará derechos y obligaciones derivados del vínculo que se crea, la posibilidad de exigir el cumplimiento, la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento y por último, ante el incumplimiento, la chance de resolver el vínculo contractual con todas las consecuencias que ello acarrea, según se verá más adelante.

Si por el contrario, la transmisión fuere a título gratuito, se regirá por los efectos propios de la donación: exigir el cumplimiento, resolver por incumplimiento en caso de existir cargos, revocar por ingratitud, etc..

En lo que respecta a las garantías, el cedente debe, si se trata de un negocio oneroso, responder por la existencia y validez del contrato cedido, como una obligación natural de esta clase de contratos.

Puede también, por convención expresa, garantizarse el cumplimiento del contrato por parte del contratante cedido. En este caso el cedente responde como fiador del cedido. Queda obligado a cumplir subsidiariamente la obligación contractual (en la medida que la naturaleza de la prestación lo permita), pero no respondería por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del cedido, a no ser que ello haya sido también motivo de acuerdo específico ⁴⁰.

⁴⁰ Así lo entiende MESSINEO (*Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 242) sobre la base de la regulación de la figura en el C. Civil italiano, posición compartida por DIEZ PICAZO (op. cit., pág. 835).

En este sentido el Código Civil del Perú establece en forma expresa la garantía del cedente por la existencia y validez del contrato salvo pacto en contrario y la validez del pacto expreso de garantía de cumplimiento por el cedido (art. 1438); el Código Civil de Portugal legisla de manera más simple esta garantía: la existencia de la posición contractual, en los términos aplicables al negocio, según sea gratuito u oneroso (art. 426), el Código Civil italiano regula la garantía por la validez del contrato, pero si el cedente asumiese la garantía del contrato, responderá como fiador (art. 1410); por su parte el Código de Comercio de Colombia dispone la responsabilidad del cedente por la existencia y validez del contrato y de sus garantías, pero no responde de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes, salvo estipulación expresa en contrario (art. 890).

11. LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO ARGENTINO

Veamos ahora qué material, qué antecedentes y qué posturas encontramos sobre la cesión de posición contractual en nuestro país.

Aun cuando no tenemos regulada la transferencia de obligaciones a través de una figura análoga a la asunción de deuda, la transmisión de la calidad de parte en un contrato ya existe y está instalada en nuestro derecho. Hay legislación vigente sobre la cuestión; la doctrina se ha ocupado del tema y existe jurisprudencia, aun cuando limitada.

Indudablemente que donde más se ha desarrollado la figura como acuerdo de voluntades que permite la circulación de un contrato bilateral es alrededor del boleto de compraventa.

La importancia que tiene este instituto del boleto privado de compraventa de bien inmueble en nuestro país, en virtud de su difundido uso, ha hecho que se ocupen del tema los autores y la jurisprudencia y es uno de los aspectos que ha merecido desarrollo especial ¹.

¹ Puede citarse a modo de ejemplo el trabajo de Eduardo L. LAPA, *Transferencia de boleto de compraventa de inmuebles por el martillero y corredor*, Buenos Aires, Depalma, 1981, en donde el autor aborda el instituto desde la óptica del martillero o corredor inmobiliario, distinguiendo la hipótesis de la cesión solamente de los derechos, la validez de las cláusulas que prohíben la transferencia del boleto, las distintas formas de ceder un boleto, la forma en que debe llevarse a cabo, la capacidad de los contratantes, las distintas

11.1. La legislación vigente

Como hemos ido adelantando en este trabajo ya existe alguna legislación en materia de sustitución de posición contractual.

Parte de esa legislación está en el Código Civil y parte en otros cuerpos legislativos.

11.1.1. *Lo que ya está legislado en el Código Civil*

El texto originario de nuestro Código Civil admitió la figura de la sustitución de la posición contractual en diversos contratos, ya sea por imperio de la ley, ya sea en virtud de un acuerdo de partes.

Existe transmisión de la posición contractual de locador en el contrato de locación de cosas, en la hipótesis del art. 1498. Enajenada la finca arrendada, dice la norma, se produce la sustitución de la posición contractual. A partir de la transferencia del dominio del inmueble arrendado, por imperio de la ley, el adquirente pasa a ser locador, con todos los derechos y todas las obligaciones propias de esta calidad. Se trata, desde luego, de una sustitución que tiene lugar por disposición legal, al margen de la voluntad de los contratantes, lo que la ubica en una categoría especial, según ya hemos visto antes. Y sólo comprende la sustitución de la parte locadora. Se trata de una figura que existe en numerosas legislaciones en el derecho comparado y se la suele considerar como una de las hipótesis de cesión de contrato ².

maneras que el contratante cedido puede manifestar su consentimiento, la notificación como manera de perfeccionar la transmisión y las garantías a que queda obligado el cedente. Puede verse un resumen de la obra en L.L. T. 1981-D, pág. 1372.

² En este sentido se expide Atilio Anfbal ALTERINI, en su trabajo sobre la cesión de contrato, ya citado, en pág. 88, con cita de conformidad de PULEO, en *La cessione del contratto*, Milán, 1939, quien lo hace con referencia al art. 1597 del viejo C. Civil italiano, sosteniendo que esta cesión tiene como única fuente la ley.

Al margen de esta cesión por imperio de la ley, el Código también ha previsto la cesión de la posición contractual en la locación de cosas, esta vez referida a la posición del locatario, pero en función de una disposición contractual. Así, en los arts. 1583, 1584 y siguientes y en especial en el art. 1599 se establecen los efectos de tal cesión, cuando es el locatario que ha transferido su posición y en donde se prevé la liberación del cedente sólo cuando así se ha estipulado ³.

Existe también referencia a la cesión de contrato en materia de sociedades, cuando en el art. 1671 no se reconoce la calidad de socio a quien el originario contratante cediese en todo o en parte sus derechos sociales «si igualmente todos los otros socios no consintiesen en la sustitución; o si la facultad de hacerlo no fuese reservada en el contrato social» y más adelante permite la cesión de los derechos sociales si así se hubiere convenido o se hubiere reservado la facultad en el contrato social que sería, en definitiva, otra manera de haberlo consentido (art. 1673). Cabe recordar en este punto que la transmisión de la posición contractual en los contratos asociativos tiene particularidades que la hacen atípica y, a menudo, se niega la posibilidad de que tal transmisión de la calidad de socio pueda ser considerada cesión

³ La disposición de la norma ha sido ratificada por la jurisprudencia. Así se ha sostenido que «El inquilino permanece obligado respecto del locador, salvo que éste expresamente acepte liberarlo. Tal liberación debe ser inequívoca, no basta que el locador haya autorizado la cesión si no desobligó al cesionario, porque una cosa es admitir a un inquilino en reemplazo del originario y otra renunciar a la garantía solidaria que éste le debe, tanto menos importará la liberación del cedente el hecho de no haber manifestado oposición, no obstante tener conocimiento de la cesión» (C. N. Civ. y Com. de Dolores, junio 22 de 1993; «Palacio José F. c/ Navarro Jorge I. y otro». L.L.B.A. 1994-40. y de manera similar: «En virtud de lo dispuesto en el art. 1596 del Cód. Civil la cesión del arrendamiento aunque sea aceptada por el locador, no desobliga al cedente, salvo que medie liberación concedida por aquél en términos inequívocos. A este efecto no basta ni el conocimiento de la cesión, ni la aceptación de pagos hechos por el cesionario con el correspondiente otorgamiento de recibos (CNEspecial Civil y Com. Sala VI, julio 18-980. «Formosa S.A. c/ Cobelli de Mancini, Norma y otros»). BCNCyC, 688, N°10.197.

de posición contractual (véase al respecto lo expuesto en el punto 10.1, de este trabajo).

A esta altura es interesante hacer referencia a la nota del art. 1674 en la que Vélez Sársfield sienta su postura opuesta a la posibilidad de transferir las obligaciones «según principio estricto del derecho civil romano» porque «si se cambia uno de los sujetos en el derecho personal, el derecho no es el mismo» y propone como método para la transferencia el otorgamiento de mandato, dado a quien se quiere ceder las obligaciones para ejercitar las acciones que de ellas resulten, a través de lo que se denomina el *procurator in rem suam* en una postura que hoy se considera superada.

En materia de fianza sólo se ha previsto la situación del subfiador, estableciendo su responsabilidad frente a los demás cofiadores, pero en una relación que no es de cesión de posición contractual porque no se transfieren conjuntamente derechos y obligaciones (téngase en cuenta el carácter unilateral del contrato de fianza) y porque no se hace referencia alguna a la conformidad del acreedor.

También tenemos legislada específicamente la sustitución del mandato en los arts. 1924 a 1928. Tiene la característica que prevé distintos grados de sustitución y distinta responsabilidad subsistente del mandatario sustituyente según sea el grado de conformidad que prestó el mandante para la sustitución.

De tal manera cuando el mandatario tiene prohibida la sustitución responde por los hechos de la persona en quien delegó la realización de los actos jurídicos que le fueron encomendados. Y también responde si estando autorizado a sustituir, no se le indicó la persona a la que podía transferir el encargo y eligió un individuo notoriamente incapaz o insolvente.

En consecuencia, *contrario sensu*, si estando autorizado para sustituir, eligió una persona capaz y solvente o, con mayor razón, si el propio mandante le había indicado quien debía ser la persona que lo reemplace, cesa la res-

ponsabilidad del mandatario y se advierte más claramente, en estos últimos casos, la cesión de la posición contractual. Máxime ello así desde que el código le ha conferido a mandante y submandatario acciones directas en uno y otro sentido, estableciendo entre ellos esta relación directa que caracteriza la sustitución de la posición contractual.

Sin embargo, cabe aclarar que en materia de mandato, según cual sea la modalidad adoptada por las partes, podría considerarse que en la sustitución de mandato podría haber, en algunos casos, cesión de la posición contractual y, en otros, subcontratación.

En efecto, cuando el mandatario a su vez confiere mandato a un tercero para que realice, por cuenta y nombre del mandante una parte de la gestión encomendada, estaríamos en presencia de una subcontratación, puesto que subsiste el contrato primitivo y sólo se ha delegado en el submandatario la ejecución del algún negocio jurídico. Esta subcontratación puede hacerse sin intervención del mandante.

El subapoderamiento es una delegación revocable, que deja intacta la posición de apoderado y que le permite comportarse, frente al submandatario, como un verdadero poderdante ⁴.

⁴ Luis DIEZ PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, Civitas S.A., 1979, pág. 194. En esta obra se desarrolla el tema con profundidad, y con cita de Gullon Ballesteros se señala que el subapoderamiento es una relación jurídica que depende en todo momento de la relación principal y, por ello, cualquier vicisitud de ésta le afecta inmediatamente. En cambio, en la sustitución propiamente dicha, hay un traspaso y un nuevo representante, de manera que el representante inicialmente nombrado por el principal desaparece de la escena jurídica y su lugar lo ocupa el sustituto. A continuación Diez Picazo señala los rasgos diferenciales entre sustitución plena y subapoderamiento, que se pueden resumir de la siguiente manera: 1) En la sustitución plena se extingue la relación entre principal y sustituyente. Ello no ocurre en el subapoderamiento. 2) Cuando hay transferencia de poder, el sustituyente no puede nombrar un nuevo apoderado, lo que sí podría hacer en el caso de subapoderamiento. 3) Si el sustituto traspasa los límites del poder, en la sustitución plena, sólo el «*dominus*» puede ratificar lo actuado. En cambio, en el subapoderamiento también podría hacerlo el sustituyente. 4) En la sustitución plena sólo el «*dominus*» puede revocar el poder. En cambio, en el subapoderamiento el sustituyente también puede dejar sin efecto el poder del sustituto.

Si por el contrario, con participación del mandante, se «transfiere» el mandato a un tercero, quedando desobligado el mandatario primitivo, se verificaría la cesión de posición contractual. En este caso el apoderado queda excluido de toda posible actuación futura, directa o indirecta, en los negocios del *dominus*.

Al margen de estas situaciones, por imperio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 de nuestro C. Civil), se ha admitido que las partes pueden ceder a un tercero su posición contractual, en la medida que medie el consentimiento del cocontratante cedido, pero para que el cedente quede liberado, se requiere manifestación expresa al respecto ⁵.

Tal como veremos más adelante, el punto fue admitido por amplia mayoría en el Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, organizado por el Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Santa Fe, en 1988.

Y en un trabajo escrito sobre este Encuentro, Trigo Represas coincide en el sentido señalado al considerar que si bien nuestro Código Civil no se ocupa expresamente de la figura jurídica de la cesión de contrato, su silencio no im-

⁵ Hay interesante, aunque exigua, jurisprudencia al respecto. Estimo útil su transcripción: «Los boletos de compraventa son cesibles (si no media consentimiento del vendedor, sigue obligado el primitivo deudor, coasumiendo la prestación el cesionario) (C.N. Civ. Sala «B», diciembre 14-1971. «Frontera, Francisco c/ Del Arco, Andrés». L.L. 149-608 (30.076.S). «Aun cuando el Código Civil ignora las transferencias de deudas como institución especial, es lo cierto que dentro de la amplitud de los contratos nada se opondrá, salvado el orden público, a que se concierten cláusulas que conduzcan a ello, como ha ocurrido en el *sub judice* en virtud del documento firmado por el primitivo comprador con el demandante, es decir con el cesionario.» (C.N.Civ. Sala «E», octubre 17-1968. «Romero, Ricardo c/ Perelli, Orlando, Suc.» L.L. 134-671). «En su aspecto crediticio no es dudoso que el derecho del comprador puede ser cedido, sin que el deudor pueda oponerse a tal traspaso. En ese aspecto queda comprendido el derecho a exigir la tradición y la correspondiente escritura traslativa de dominio. En cuanto deuda (obligación de pagar el precio), la cesión no puede hacerse, en principio, sin la conformidad del acreedor (vendedor); pero es de advertir que el interés de éste se reduce a no desobligar al deudor primitivo (cedente)» (C.N. Civil Sala «C», marzo 16-1970. «Bodogas Vieja Abadía S.A. c/ Procasa SRL». L.L. 141-678 (25.549-S).

pide su admisión, dentro del amplio campo de la autonomía de la voluntad en materia contractual, en la categoría de contrato innominado y sobre la base del concepto lato de nuestra cesión que abarca «todo derecho y toda acción», según el art. 1444 ⁶.

11.1.2. Lo que ya está legislado fuera del Código Civil

Fuera del Código Civil encontramos alguna referencia a la institución en el art. 9° de la ley de locaciones urbanas (23.091), cuando se establece que en caso de abandono o fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten haber convivido y recibido del locatario ostensible trato familiar. Se trata, como en el caso del art. 1498 ya citado, de una hipótesis de transferencia de la posición contractual por disposición de la ley, al margen de la voluntad de los contratantes.

Igualmente está presente en la hipótesis de transmisión del boleto de compraventa por parte del adquirente de unidades en el régimen de propiedad horizontal, art. 17 de la ley 19.724 de «prehorizontalidad». Precisamente bajo el título de «Cesión del contrato», se establece que la transferencia de los derechos y obligaciones del adquirente de una unidad en favor de un tercero no libera al cedente respecto de sus obligaciones para con el propietario, mientras éste no dé su conformidad y la transferencia haya sido anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble.

En materia de seguros, la ley 20.091 prevé una situación de alguna manera intermedia entre la cesión convencional y la legal puesto que autoriza a las aseguradoras a ceder su

⁶ Félix A. TRIGO REPRESAS, «La cesión del contrato» en el Segundo Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe. L.L., t. 1988-E, pág. 884.

cartera a otros aseguradores establecidos en el país de conformidad con las exigencias de la ley, la que se verificará en caso de que los asegurados no formulen objeción fundada ante la autoridad de control, en un plazo de quince días posterior a la última publicación que debe hacerse en los boletines oficiales de la sede central y de las sucursales de la entidad que proyecta transferir su cartera (arts. 46 y 47).

En la ley de contrato de trabajo, 20.744 texto ordenado, encontramos regulada la transferencia del contrato de trabajo como consecuencia de la transferencia de la titularidad del establecimiento (art. 225 y ss.), situación que se da aun en los casos de arrendamiento o cesión transitoria del establecimiento (art. 227), habiéndose previsto la solidaridad en las obligaciones hacia el trabajador por parte del transmitente y adquirente (art. 228).

Vale decir que, sin existir una normativa general que regule la cesión de la posición contractual, tenemos diversas hipótesis en las cuales se lleva a cabo tal negocio jurídico con plena validez y efectos legales porque ha sido normado en su especificidad.

Desde otra óptica, al amparo del art. 1197 del C. Civil, cabe pensar en la cesión de posición contractual, con plena validez y los mismos efectos que le hemos atribuido a la figura, como resultado del acuerdo de los tres interesados, de las tres partes intervinientes, en función de la autonomía de la voluntad, en tanto y en cuanto, por la índole del contrato, no esté afectado el orden público, la moral o las buenas costumbres o vedado específicamente por la ley.

11.2. La doctrina nacional sobre la cuestión

El contenido de la opinión de nuestros autores lo hemos ido desarrollando al tratar cada tema y lo seguiremos haciendo en adelante de la misma manera.

En este punto nos interesa señalar, como trabajos pioneros, la monografía de Jorge Mosset Iturraspe publicada en el

Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad del Litoral en el año 1961 y la obra de Atilio Aníbal Alterini y Enrique Joaquín Repetti de la que ya hemos hablado.

Al margen de ella, se han ocupado de la cuestión con mayor o menor extensión, pero sin dedicarle una obra específica, Jorge Mosset Iturraspe en su *Contratos*⁷, Fernando J. López de Zavalía en su *Teoría de los contratos*⁸; Alberto G. Spota en *Instituciones de derecho civil. Contratos*⁹; Rubén S. Stiglitz, como director de la obra *Contratos. Teoría general*, en donde al tema lo ha desarrollado Ricardo Osvaldo Larroza¹⁰; Raúl Aníbal Etcheverry en *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte Especial*¹¹; Carlos Alberto Gherzi en *Con-*

⁷ En esta obra MOSSET ITURRASPE explica el concepto, menciona las distintas teorías atomista y unitaria, a las que agrega la teoría intermedia del negocio jurídico complejo constituido por dos mecanismos negociales y explica los efectos y la cesión de la locación. Señala que donde más se utiliza la figura es en el boleto de compraventa, que alguna vez se ha querido ceder por medio de un simple endoso, no obstante faltar la cláusula a la orden que caracteriza a los «stabiliti» de la doctrina italiana. Hace referencia al II Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe de 1988 y remite a un trabajo de su autoría sobre el tema: «La cesión del contrato», publicado en el Boletín del Instituto de Derecho Civil de Santa Fe N° 3, en el año 1961.

⁸ Bajo la denominación de «La transmisión del contrato» le dedica todo un capítulo y culmina sosteniendo que tratándose de un contrato innominado, deben aplicarse las reglas generales de los contratos y las específicas, por generalización, de la cesión de la locación, de tal modo que el negocio pueda cumplir con la finalidad a la que se encuentra destinado, respetándose los intereses en conflicto. No podría tener menos requisitos que la cesión de créditos, dado que aquélla involucra ésta. (Buenos Aires. Zavalía. 1984. N° 33. págs. 368 a 372).

⁹ Buenos Aires, Depalma, 1979, t. III, pág. 22 y ss. y t. IV, pág. 84 y ss. y pág. 377 y ss..

¹⁰ Es de interés el esquema que efectúa sobre las manifestaciones positivas de la cesión de contrato (así le llama), en el arrendamiento, ley de locaciones urbanas, cesión de derechos sociales, sustitución del mandato, cesión del boleto de compraventa, transferencia del fondo de comercio, contrato de transporte y warrant. Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, Cap. 4, págs. 317 a 336.

¹¹ Trata muy sucintamente el tema limitándose a sostener que la transmisión de un contrato a través de un contrato de cesión implica la sustitución del contratante por un tercero, quien así adquiere la calidad de parte en el lugar del contratante original. Admite

*tratos civiles y comerciales*¹², Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago en *Contratos civiles y comerciales*¹³, y algunos trabajos como el de Saúl A. Argeri *Transferencia (cesión) de contrato mercantil con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento*¹⁴; Nicolás Halperin *Cesión de derechos emergentes de contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento*¹⁵ y Rubén H. Compagnucci de Caso *Cesión de contrato. Cesión de créditos y Cesión de deudas*¹⁶.

que la transmisión se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, tratándose de un contrato innominado. Afirma que la cesión no libera al cedente de las obligaciones asumidas en el contrato transmitido, salvo que el contratante cedido preste su consentimiento desobligándolo y se refiere específicamente a la cesión del boleto de compraventa de inmuebles. Buenos Aires, Astrea, 1994, t. 2, pág. 107.

¹² En la parte pertinente hace referencia a un fallo de la Cám. Nac. Civil Sala «A» del año 1963 que requiere la conformidad del otro contratante y excluye los contratos *intuitu personae*. Buenos Aires, Astrea, 1992, 2ª edición, t. I, pág. 410.

¹³ En esta obra encontramos un desarrollo importante del tema y de mucha actualidad atento que se trata de una obra editada en 1995. Trata la cesión de contrato dentro del Capítulo II, del Tomo II, como un aspecto de la «Cesión de Derechos». Aborda primero la cesión de derechos y obligaciones, reseña la historia de la cesión del contrato y termina refiriéndose específicamente a la cesión del boleto de compraventa. Lanús, Provincia de Buenos Aires, Universidad, 1995, págs. 181 a 187.

¹⁴ Si bien desde la óptica del derecho comercial, en este trabajo se desarrolla el concepto diferenciándolo de la cesión de derechos como transmisión integral de todas las relaciones obligacionales (activas y pasivas) contenidas y derivadas de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento. Y esta transferencia (cesión) del contrato importa conceptuar a éste como un «valor económico», autónomo, dentro de la dinámica circulatoria comercial. A continuación se ocupa de las partes, de la liberación del cedente y de los efectos en general, culminando, a modo de conclusión, con que: a) hay que distinguir entre cesión de derecho y transferencia de contrato; b) que no existe en nuestra legislación una normativa específica regulatoria de esta última; c) que es admisible la transferencia de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento; d) que existen ya situaciones en nuestra legislación en que se han reglado situaciones específicas y e) por último, que nada obsta y, por el contrario, sería conveniente, el dictado de normas que reglamenten la figura. L.L. 1979-A, pág. 862.

¹⁵ Se comenta un fallo judicial referido la promesa de compraventa de un inmueble cuya transferencia por el adquirente en favor de un tercero le había sido negada en su validez por el vendedor originario. L.L. t. 1977-C, pág. 177.

¹⁶ En este completo trabajo COMPAGNUCCI DE CASO comenta un fallo de la Cámara Nac. Civil Sala «A» del 7 de abril de 1989 (Alsina 396 c/ Corina Alfredo E.) en donde se

Este trabajo de Compagnucci de Caso constituye lo último que hemos encontrado escrito en el país específicamente sobre el tema, al margen, naturalmente, del tratamiento en general dentro de compendios mayores.

11.2.1. El Segundo Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe del año 1988

Merece mención especial el Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, organizado por el Instituto de Derecho Civil y el Colegio de Abogados de Santa Fe, que tuvo lugar en junio/julio de 1988, en donde uno de los temas fue precisamente «Cesión del contrato»¹⁷.

En estas jornadas de las que participaron con ponencias Félix Alberto Trigo Represas, Alberto Osvaldo Varela, Atilio

sentaron dos pautas sobre el tema que nos ocupa: a) Que el contratante cedido no es parte, limitándose a dar su asentimiento. b) Que el primitivo deudor no queda excluido sin la conformidad del acreedor. El autor del comentario a la decisión judicial analiza primero la cesión de créditos, luego la transmisión de deudas y finalmente la cesión de contrato. Respecto de esta última, en forma ordenada y clara, desarrolla las funciones que este negocio puede cumplir y la forma, adhiere a la teoría unitaria, las distintas clases (con liberación del cedente, sin liberación del cedente y a través del simple endoso) y los requisitos y efectos de la cesión. Termina sosteniendo que desde un punto de vista doctrinario es conveniente que pueda cederse la posición contractual y que la jurisprudencia lo ha admitido. No se pronuncia, por tanto, sobre la conveniencia de dictar una legislación específica al respecto. L.L. t. 1990-D, pág. 327.

¹⁷ A este Encuentro llevamos una ponencia donde, como conclusión, sosteníamos: 1) La figura de la cesión de contrato propiamente dicha tiene como ámbito de actuación a los contratos no instantáneos, de tracto sucesivo o bilaterales de ejecución diferida, en tanto subsistan pendientes de cumplimiento obligaciones a cargo de ambas partes y en tanto y en cuanto no supongan la cesión de obligaciones «*intuitu personae*» que sólo pueden ser cumplidas por el contratante originario. 2) Es válido el consentimiento previo o anticipado prestado para la cesión del contrato. 3) En el estado actual de la legislación nacional, para que el cedente quede liberado, es menester una manifestación expresa del contratante cedido en tal sentido, manifestación que podría prestarse anticipadamente, con posterioridad al acuerdo entre cedente y cesionario o simultáneamente a la celebración del negocio de cesión.

Aníbal Alterini, Roberto M. López Cabana, Carlos Miguel Ibáñez, Noemí Lidia Nicolau, Ricardo Luciano Molinas, Enrique M. Pita, Mario J. Bendersky, Stella Maris Tosello y Marcelo O. Pautasso, se elaboraron conclusiones, luego de un enriquecedor cambio de ideas al exponerse las ponencias, que transcribimos atento ser uno de los hitos más importantes sobre el tema en el orden nacional y constituir una prieta síntesis de la postura de la doctrina argentina en ese momento.

Al cabo de las jornadas de trabajo, las conclusiones, por amplia mayoría, fueron las siguientes:

De lege lata:

I. La cesión del contrato consiste en la transmisión de la posición contractual del cedente a un tercero, quien entra en su lugar y pasa a ocupar su situación jurídica en aquél.

II. La cesión de contrato es admisible como figura contractual en nuestro ordenamiento positivo, aún en ausencia de una expresa regulación, con ajuste, entre otros, al principio de la autonomía de la voluntad del art. 1197, al hecho de la existencia de contratos innominados -art. 1143- y a la latitud conceptual sobre lo que puede ser objeto de la cesión de derechos -art. 1444 y ss. del C. Civil.

III. El carácter unitario de la cesión de contrato que transmite íntegramente el plexo contractual con todas sus implicaciones propias, determina, entre otros efectos, la subsistencia de las garantías con que contaban cedente y el cedido y el traspaso al cesionario de facultades del cedente, como la de pretender la resolución del contrato básico u oponer la excepción de incumplimiento.

IV. Tanto en la transmisión voluntaria del contrato, como en principio en la que se produce por ministerio de la ley, la liberación del cedente no opera sin la aceptación del cedido y su expresa declaración de voluntad de desobligarlo.

V. Cabe distinguir el contrato de cesión, en el que puede o no participar el cedido, del negocio jurídico complejo que

implica la transmisión del contrato cedido, para cuyo perfeccionamiento en orden a la producción de sus efectos traslativos, resulta imprescindible la aceptación del cedido.

VI. El contrato de cesión debe reunir los elementos estructurales generales de los contratos, pudiendo caracterizarse como unilateral o bilateral según surjan obligaciones para una o ambas partes al tiempo de su celebración.

VII. Las finalidades o motivos de los contratantes no exteriorizados en el contrato original cedido, ni las bases o presupuestos de éste que no dependan de circunstancias objetivas, no pueden hacerse valer frente al cesionario.

VIII. En los contratos de contenido no predispuesto el consentimiento del contratante cedido puede ser prestado anticipadamente.

En los contratos con cláusulas predispuestas, las disposiciones vejatorias referidas a la cesión del contrato deben considerarse inválidas, en especial las condiciones negociales generales que autorizan al estipulante para ceder el contrato con liberación, sin consentimiento del adherente, a no ser que se determine previamente el nombre del cesionario y se faculte al adherente, en su caso, para resolver el contrato.

La prohibición de ceder la posición contractual incluida en el contrato original, no constituye un derecho absoluto, pudiendo en su caso resultar encuadrable dentro de lo dispuesto en el art. 1071 del C. Civil.

IX. La transmisión de cosas registrables por quien no es su titular debe, por regla, ser tenida como cesión de contrato; en cuyo caso el enajenante garantiza la existencia y legitimidad del o los contratos de los que surge su derecho y debe al cesionario los títulos correspondientes (art. 1476, 1458 y concordantes del C. Civil). Cuando las especiales circunstancias del caso lo evidencian, el contrato deberá calificarse como venta de cosa ajena y sujetarse al régimen de ésta.

X. La notificación de la cesión deberá tener fecha cierta (arts. 1034 y 1035 C. Civil) para que resulte oponible a terceros.

XI. En punto a la forma del contrato de cesión resultan de aplicación los principios del Código Civil para la cesión de créditos. En los supuestos en que fuese necesaria la escritura pública, el instrumento privado valdrá en los términos del art. 1185 C. Civil.

De lege ferenda:

I. Se recomienda que en el actual proyecto de reformas al Código Civil -en tratamiento parlamentario- se incluya en la Teoría General de los Contratos la regulación de la transmisión del contrato con ajuste a estos criterios: a) Necesidad de consentimiento del cedido cuando la transmisión es voluntaria, quien podrá prestarla anticipadamente y también limitarse a aceptar la sustitución sin liberar al cedente. b) Oponibilidad por el cedido al cesionario de las defensas derivadas del contrato básico y de las personales en caso de haber hecho reserva expresa. c) Garantía de la existencia de la situación contractual transmitida y del cumplimiento por el cedido en caso de haberlo comprometido o de cesión de mala fe.

II. Se recomienda regular la prenda del crédito originado en un contrato con prestaciones recíprocas, de modo que el acreedor prendario tenga derecho a hacer enajenar la participación del deudor en dicho contrato (art. 3234, Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación).

Hubieron también dos despachos minoritarios:

a) De los Dres. Ricardo Luciano Molinas y Enrique Máximo Pita.

De lege lata: La admisión por el ordenamiento de la cesión parcial de contratos o posiciones contractuales, plantea dificultades que pueden ser evitadas mediante el empleo, con idéntica función económica, de instituciones como la novación o la subcontratación.

b) Del Dr. Mario J. Bendersky en disidencia.

El concepto descripto como «circulación del contrato» por vía de su cesión, en principio es contrario y opuesto a su naturaleza jurídica, certeza, equidad y modalidades tradicionales de su celebración. Ello, sin perjuicio de las excepciones que pudieran admitirse, principalmente en los casos de contratación «masiva».

11.3. La jurisprudencia

Los distintos fallos que hemos encontrado los hemos ido comentando a lo largo de este trabajo.

Sólo restaría expresar, a modo de resumen, que los principales puntos que han ocupado la atención de los tribunales se refieren básicamente a los siguientes aspectos:

- a) Concepto ¹⁸.
- b) Forma ¹⁹.
- c) Liberación del cedente ²⁰.
- d) Necesidad de conformidad del cedido ²¹.
- e) La figura con referencia al boleto de compraventa inmobiliario ²².
- f) Calidad de parte del cedido ²³.

¹⁸ L.L. 150-169. L.L. t. 1977-C-p. 177. L.L. 128-165. L.L. 143-254.

¹⁹ L.L. 150-736 (30.276-S). J.A. 972-13-59. L.L. 1980-705 (voto en disidencia del Dr. Moroni Petit).

²⁰ E.D. 52-418. L.L. 149-608. L.L. 143-254. J.A. 1971-II-71. B.J.Misiones 1970-1-27. L.L. T. 1977-C-pag. 177. L.L. 128-165.L.L. 1986-B, pág. 76.

²¹ L.L. 128-165. L.L. 149-608 (30.076-S). L.L. 141-678 (25.549-S).

²² L.L. T. 1977-C, p. 177. En el caso el Tribunal, la Cám. Nac. Civil Sala C, resolvió que el deudor cedido no podía oponerse a la cesión del boleto de compraventa pues el cedente quedaba obligado a todas las consecuencias del contrato original y, además, el cesionario por la novación por delegación (arg. art. 814 d. Civil) asumía la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación. Como puede verse, hay en este fallo una contradicción con la postura generalizada en el sentido que en la cesión no se extinguen las obligaciones contractuales sino que se transfieren vivas, lo que sería incompatible con la idea de la novación.

²³ L.L. 1990-D, p. 328 en donde se le niega tal carácter.

12. PRINCIPALES CUESTIONES A TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE PROPONER LA REGULACIÓN DE LA CESION DE POSICIÓN CONTRACTUAL

Hemos analizado ya los aspectos principales del tema objeto de la investigación.

En consecuencia es tiempo de iniciar el análisis correspondiente a lo que en nuestro proyecto o plan de trabajo designáramos como Segundo Objetivo General, esto es: elaborar una propuesta legislativa suficientemente justificada respecto de la institución bajo examen.

Para ello nos serviremos del estudio de la institución a que se ha hecho referencia, de los antecedentes legislativos existentes en países que, con regímenes legales semejantes al nuestro, han regulado de manera específica la cesión de posición contractual, a saber: Italia, Perú, Portugal, Bolivia y Colombia. Asimismo se tendrá en consideración el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial elaborado por la Comisión creada por Decreto 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional.

La cuestión presenta tres aspectos a los que ya hemos hecho referencia anteriormente:

- a) Conveniencia de legislar específicamente sobre la cesión de posición contractual.
- b) Ubicación de las normas que regulen la cuestión.
- c) Contenido concreto de las normas que se proponen.

Pero, previo a considerar estos aspectos, cabe efectuar una reflexión sobre la implicancia que puede tener el dictado de una

regulación de la cesión de posición contractual para la República Argentina, en función de ser parte integrante del Mercosur.

13. LA REGULACIÓN DE LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL Y EL MERCOSUR

Teniendo en cuenta la observación efectuada por el Tribunal de Admisión de esta tesis, es importante, al tiempo de proponer una legislación, tener en consideración la regulación existente en los países integrantes del Mercosur.

El día 26 de marzo de 1991 en Asunción del Paraguay se firmó el tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, que fue aprobado por el Congreso Nacional el 15 de agosto y promulgado por el Poder Ejecutivo el 5 de setiembre del mismo año.

Posteriormente se integraron las repúblicas de Chile y Bolivia. En el caso de Chile, su integración al Mercosur se firmó el 25 de junio de 1996 en la provincia de San Luis, comprometiéndose el país trasandino a iniciar la liberalización del intercambio comercial con sus socios del bloque regional a partir del 1 de octubre de 1996, debiendo quedar la zona de libre comercio constituida definitivamente en el 2004. En la misma fecha, 25 de junio de 1996, se firmó con Bolivia un acuerdo de complementación económica, tendiente a establecer una zona de libre comercio con el bloque.

Hasta el Protocolo de Ouro Preto en 1994, el Mercosur, como simple tratado, no tenía personería jurídica, por lo que no estaba en condiciones de firmar acuerdos con otros socios comerciales. El Protocolo estableció un método en ese sentido y asimis-

mo la obligatoriedad de incorporar a las legislaciones de los países miembros el derecho derivado del acuerdo.

En este Protocolo de Ouro Preto se dio nacimiento a cuatro instituciones: a) la Comisión de Comercio Mercosur (CCM); b) la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC); c) el Foro Consultivo Económico Social (FCES) y d) la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

De estas instituciones la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) es la encargada de instrumentar la puesta en práctica de las normas decididas por el Consejo y de favorecer la compatibilización de las distintas legislaciones aunque, a diferencia del Parlamento Europeo, no tiene poder legislativo ¹.

En este punto cabe aclarar que, en realidad, en la Comunidad Económica Europea, el reparto de las funciones entre las cuatro instituciones que conforman la base del sistema: un Parlamento, un Consejo, una Comisión y un Tribunal de Justicia, no corresponde al esquema estatal heredado de Montesquieu, en el cual el Parlamento es el legislador, el gobierno el ejecutivo y los jueces ejercen el poder jurisdiccional. En la Comunidad, el poder legislativo corresponde al Consejo, el poder presupuestario está compartido, el Parlamento Europeo puede derrocar a la Comisión, pero no al Consejo. Además, si la Comisión, en principio, es el ejecutivo, el Consejo acumula las funciones legislativa, ejecutiva, gubernamental ².

Se ha dicho con razón que el Mercosur puede llegar a transformarse en uno de los instrumentos más eficaces para la inserción de la Argentina en un siglo XXI caracterizado por la globalización ³.

¹ Enrique COMELLAS, «Mercosur: la difícil tarea de seducir a un gigante», Diario La Nación, 18 de mayo de 1997.

² Guy ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, 3ª edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1995, pág. 61.

³ Enrique COMELLAS, «Mercosur: la difícil tarea de seducir a un gigante», Diario La Nación, 18 de mayo de 1997.

Por ello reviste importancia esta previsión para la adecuada inserción de una nueva legislación en su contexto.

13.1. Medios de integración

El objetivo primordial del Tratado es la integración de los estados partes a través de los siguientes medios:

- a) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, a través de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías.
- b) El establecimiento de un arancel común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros estados o agrupaciones de estados y la coordinación de posiciones en los foros económico-comerciales regionales.
- c) La coordinación de políticas macroeconómicas sectoriales entre los estados partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduaneras, de transportes y comunicaciones, etc. a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los estados partes.
- d) El compromiso de los estados partes de armonizar sus legislaciones entre las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Tanto los objetivos primordiales como el fin último del Tratado deberán conseguirse teniendo como idea básica los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

Es sabido que el Tratado de Asunción no es un tratado comunitario sino un tratado marco que señala los objetivos, amén de indicar el camino, el procedimiento y la forma para llegar a un mercado común. Ambiciona un derecho comunitario y crea las condiciones para llegar a él, pero le falta concretar la primacía de tal derecho y el ámbito de delegación de competencias para que ello sea posible.

Aun así es del caso señalar cuáles son los caracteres del derecho comunitario, a fin de tenerlos presente con miras al futuro.

13.2. Caracteres del derecho comunitario

El derecho surgido de las fuentes comunitarias no es un derecho extranjero ni siquiera un derecho exterior; es el derecho propio de cada uno de los estados miembros, aplicable en su territorio lo mismo que su derecho nacional, con la cualidad suplementaria de coronar la jerarquía de los textos normativos de cada uno de ellos. Por su propia naturaleza, en efecto, el derecho comunitario posee una fuerza específica de penetración en el ordenamiento jurídico de los estados miembros.

Los caracteres de este derecho comunitario pueden resumirse de la manera que sigue:

- a) *Aplicabilidad inmediata*. La norma de derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de los estados.
- b) *Aplicabilidad directa*. La norma comunitaria es susceptible de crear, por ella misma, derechos y obligaciones para los particulares.
- c) *Primacía*. La norma comunitaria ocupa un lugar con rango de prioridad sobre cualquier norma nacional ⁴.

13.3. La armonización de las legislaciones como meta inmediata a alcanzar por los países integrantes del Mercosur

El Mercosur se propone como una de las metas a alcanzar, según se ha visto, la armonización de las legislaciones

⁴ Guy ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, 3ª edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1995, pág. 183.

para lograr un fortalecimiento de la integración, pero carece de los instrumentos suficientes para concretar ese propósito.

Ese propósito de integración por tanto, por ahora, sólo puede revestir un carácter voluntario. Depende de los instrumentos tradicionales del derecho internacional público, que son los tratados, o de las modificaciones que los estados miembros decidan incorporar a su legislación sobre parámetros comunes.

Desde este último punto de vista es una importante tarea que cabe a los juristas de los países que integran el Mercosur el realizar estudios comparativos de las legislaciones vigentes para facilitar los objetivos de armonización que se persiguen.

Como hemos dicho, la cuestión principal que debe preocuparnos es la armonización de los distintos cuerpos normativos vigentes en los países de que se trata.

La integración regional implica, entre muchas otras cosas, la compatibilización de las normas existentes en cada uno de los miembros de la comunidad.

Las personas privadas -físicas o jurídicas- los empresarios y, en general, los operadores del comercio internacional, requieren de una cobertura jurídica para sus negocios que les brinde certeza y seguridad en sus transacciones dentro de la zona integrada ⁵.

Esa certeza y seguridad se obtiene, en alguna medida, a través de una legislación y un sistema judicial que garantice un tratamiento equitativo, justo y razonable en la eventualidad de conflictos generados a raíz de contratos internacionales.

La regulación de instituciones o negocios jurídicos que trasponen la frontera de los países miembros, como el transporte, las sociedades mercantiles, el derecho del seguro y, en

⁵ Cfr. Adriana DREYZIN DE KLOR, *El Mercosur. Generador de una fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalía, 1997, pág. 246.

general, la contratación internacional, conforman un amplio marco normativo que puede identificarse como derecho internacional privado institucional de la integración ⁶.

No puede hablarse aún en el ámbito del Mercosur de un derecho comunitario, pero sí es menester que, al tiempo de legislar, tengamos en consideración las legislaciones de los países miembros para evitar el dictado de normas que se encuentren en franca oposición o contradicción con las similares que rigen en tales estados.

Desde este punto de vista, será menester que las normas que proponemos para reglamentar la figura de la cesión de posición contractual, no entren en colisión con el derecho vigente en los distintos miembros de este mercado común del sur.

Un rápido vistazo por la legislación existente en los países vecinos nos permite distinguir tres clases de situaciones: a) Brasil, Chile y Uruguay que tienen en la actualidad un sistema jurídico sobre la cesión de la posición contractual similar al que rige en nuestro país en el sentido de regular la cesión de crédito (o cesión de derechos) sin referencia alguna a la cesión de deudas, por lo que la cesión de posición contractual tiene el alcance que las partes convencionalmente le den. b) Paraguay que ha regulado en su reciente Código Civil la cesión de deudas, la delegación, la expromisión y la responsabilidad de los terceros en estos casos (arts. 538 a 546). c) Bolivia que es uno de los pocos países latinoamericanos que, como hemos visto, ha legislado específicamente la cesión de posición contractual.

En función de lo expuesto estimamos que el cuerpo normativo que se propone como conclusión de este trabajo armoniza perfectamente con las escuetas disposiciones del Cód-

⁶ Así lo define la Dra. DREYZIN DE KLOR en la obra citada, pág. 246 y explica que esta nueva fuente que se genera como producto de una asociación económica regional, significa achicar las distancias geográficas y territorialistas, uniendo a los países, como si fueran integrantes de un Estado federal.

go. Civil de Bolivia de 1976 (arts. 539 a 542), dado que no existe discrepancia entre sus normas y el texto que propugnamos, con la única salvedad que este último completa algunos aspectos que en aquéllas quedan como interrogantes (v. gr. oportunidad de prestar el consentimiento, momento a partir del cual produce efectos la cesión si el consentimiento fue previo, efecto de la cesión cuando media liberación del cedente, plazo para comunicar al cedente el incumplimiento del cesionario, situación de las garantías, etc.).

En cuanto a los otros países, dada la carencia de normas, consideramos que las disposiciones que proponemos podrían servir como ejemplo a imitar por ellos al tiempo de decidir la regulación expresa de la institución.

Estimamos que la cesión de posición contractual es una cuestión de interés en el comercio internacional, postura que se robustece no sólo mirando hacia el pasado (fue en ese ámbito en donde por primera vez se manifestó la figura), sino con la vista en el presente. Es fácil advertir cómo, en los grandes contratos que se generan en el comercio entre las empresas de los países miembros y en las relaciones jurídicas que nacen en virtud de la realización de obras públicas comunes, la necesidad de posibilitar y regular la transferencia a terceros de una parte o la totalidad de las relaciones contractuales generadas en un negocio determinado despierta especial importancia.

En conclusión, hasta que se llegue a una etapa más avanzada del derecho comunitario, en este estadio previo de armonización de las normas vigentes en los estados miembros del mercado común, el dictado de las normas que proponemos no sólo no plantea dificultades sino que, por el contrario, facilitaría los negocios y hasta podría servir de estímulo para que se adopten disposiciones semejantes en los restantes países integrantes del Mercosur que no tienen regulada la materia.

14. CONVENIENCIA DE LEGISLAR ESPECÍFICAMENTE SOBRE LA CESIÓN CONVENCIONAL DE POSICIÓN CONTRACTUAL

El derecho civil se desempeñó adecuadamente durante siglos sin legislar sobre la cesión de la posición contractual.

Pero ello no significa que deba descartarse su regulación, por el solo hecho que antes no lo fue.

Precisamente la subsistencia de los cuerpos normativos se fundamenta, entre otras cosas, en su aptitud para actualizarse, adaptándose a los cambios económicos y a las modificaciones que se producen en la sociedad.

Nuestro Código Civil ya previó algunas situaciones de sustitución en la posición contractual, tanto convencionalmente, como por imperio de la ley y algunas legislaciones posteriores igualmente han normado otros casos.

14.1. La conveniencia de ampliar la legislación vigente

Pese a la existencia y posibilidad de llevar a cabo una sustitución de la posición contractual dentro del marco legal vigente, creemos que es conveniente regular con más precisión y detalle la cesión convencional de la posición contractual.

Si bien es cierto que contratantes prolijos, concienzudos y adecuadamente asesorados pueden llevar a cabo una transferencia convencional de los derechos y obligaciones existen-

tes en un determinado momento en una relación contractual, previendo detalladamente todos y cada uno de los efectos que tal traspaso va a producir, lo usual es que este tipo de negocios se lleve a cabo sin tanta minuciosidad y a partir de allí comienzan a surgir los interrogantes, las dudas y los conflictos sobre el verdadero alcance de la operación llevada a cabo, con la consiguiente inseguridad que ello provoca ante todos los que, de una manera u otra, están afectados por la contratación.

Por ello es que, reiteramos, estimamos conveniente la regulación expresa del instituto, fijando con la mayor precisión las condiciones para que se opere y los efectos que produce a fin de que quienes celebren un contrato de este tipo tengan ya un marco adecuado, como guía de su accionar.

Así lo han entendido la gran mayoría de los países que han modificado, reformado o sustituido sus códigos civiles o mercantiles, introduciendo la figura bajo examen con mayor o menor amplitud.

Y también el Proyecto de Código Unificado de la Comisión creada por decr. 468/92 ha previsto, por primera vez en nuestro país, la regulación específica de la figura, bajo el nombre de «La cesión de posición contractual», en el Capítulo III del Título IV, parte esta última que regula la cesión de derechos en general

En este sentido, cabe señalar que actualmente se admite, cada vez con mayor fuerza, que la tipicidad dada por el legislador a determinados contratos no solamente busca suplir la previsión de las partes en cuanto a los efectos del negocio jurídico llevado a cabo sino que, además, se procura señalar cuáles son los efectos principales que la ley quiere darle a tal negocio jurídico, marcando un camino o guía para los contratantes.

En síntesis, como lo hemos adelantado, nos inclinamos por la conveniencia de legislar expresamente sobre la cesión convencional de la posición contractual.

15. UBICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULEN LA CUESTIÓN

Establecida la conveniencia de legislar sobre la cesión de posición contractual cabe definir de qué manera hacerlo, en el sentido de la ubicación de las normas que se dicten.

Desde esta óptica, podría pensarse en al menos dos alternativas:

- 1) Incluir su regulación en el propio Código Civil (o en el código unificado si tal fuere el caso).
- 2) Hacerlo en una ley separada.

Puesto que se trata de una institución común a todos los contratos y que formaría parte de la teoría general sobre los mismos, nos inclinamos por su regulación en el propio texto del Código.

Desde otro punto de vista, definido que se incluya tal regulación en el Código, resta establecer en qué sección de éste sería la ubicación óptima.

Se presentan aquí también diversas alternativas:

- 1) Incluir un capítulo específico dentro de un título destinado a la cesión de derechos en general ¹.

¹ Así lo prevé el Proyecto de unificación de las Obligaciones y Contratos, en lo referido a la reforma del Libro II del Código, redactado por la Comisión designada por decreto 468/92 que dentro del Título IV, denominado «De la cesión de derechos», dedica su Capítulo III, desde el art. 1069 al 1073.

- 2) Dedicarle un título o capítulo en la teoría general de los contratos ².
- 3) Incluirlo dentro de la teoría general de las obligaciones ³.

En este aspecto creemos que la cesión o sustitución de la posición contractual forma parte de la teoría general del contrato, como una de las alternativas o vicisitudes del mismo y por ello estimamos adecuada su ubicación en la primera parte de la Sección Tercera, del Libro Segundo de nuestro Código Civil, como un último capítulo del Título Primero, antes de la regulación de los contratos en particular.

² Tal como lo hace el Código Civil italiano al regular en el Capítulo VIII, entre los arts. 1406 y 1410, entre los capítulos destinados a «los contratos por persona a designar» y «el contrato a favor de terceros» o el Código Civil del Perú, en su Título VII, a partir del art. 1435 y hasta el 1439, en una parte general previa a los contratos en particular. De manera semejante el Código Civil de Bolivia, en el Capítulo VI de Libro Tercero referido a las Obligaciones, en los arts. 539 a 542, entre las arras penitenciales y la simulación. Y el Código Civil de Portugal entre los arts. 424 a 427, en la Subsección IV.

³ Como lo hace el Cód. de Comercio de Colombia, Capítulo VI, en sus arts. 887 a 896, entre las normas sobre intereses (Capítulo V) y la «Ineficacia, nulidad anulación e inoponibilidad» de los actos jurídicos (Capítulo VII).

16. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA CESIÓN CONVENCIONAL DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL

Establecidas ya la conveniencia de legislar y la ubicación de las normas a dictarse, resta definir el contenido de las mismas.

A tal fin estimamos conveniente ir analizando los distintos tópicos que debieran contemplar los artículos cuya sanción se propugna.

En este sentido hay que tener en cuenta:

- a) Noción y ámbito de aplicación.
- b) La forma.
- c) El consentimiento del cocontratante cedido.
- d) Los efectos.
- e) Las garantías.

Iremos definiendo la conformación de la reglamentación del instituto siguiendo ese orden.

16.1. Noción y ámbito de aplicación

Sobre la noción o concepto del tema bajo examen ya hemos desarrollado suficientemente su contenido, sólo resta concretarlo en una apretada síntesis que defina normativamente la institución. Fundamentalmente interesa la idea de que en determinadas circunstancias, o cum-

plidos ciertos requisitos, es posible ceder a un tercero la posición contractual.

Cabe referirse por tanto al ámbito de aplicación o, dicho de otra manera, en que clase o categoría de contratos una o ambas partes pueden sustituir en un tercero su calidad de parte, transfiriendo los derechos y obligaciones que ella implica.

Ya dijimos en capítulos anteriores que la configuración del instituto bajo estudio requiere, para su conformación plena, que el contrato, en el cual una de las partes va a ser sustituida, sea uno en el cual, existiendo prestaciones a cargo de ambos contratantes, no se hayan cumplido totalmente con tales obligaciones recíprocas. Porque, de lo contrario, bastaría con transferir los derechos o las obligaciones pendientes.

Tal transferencia de derechos u obligaciones, de manera aislada o independiente, no constituye la cesión de posición contractual propiamente dicha, que requiere una transferencia de un complejo de tales derechos y obligaciones, como un todo indivisible, conformando la calidad de parte en el negocio jurídico de que se trate.

En este sentido se han dado diversas soluciones en la legislación comparada, pero sin diferir demasiado en su contenido, pese a las distintas terminologías utilizadas.

Veamos cuál es la situación:

- 1) *C. Civil italiano*: «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...» (art. 1406).
- 2) *C. Civil de Portugal*: «En el contrato con prestaciones recíprocas, cualquiera de las partes tiene la facultad de transmitir a un tercero su posición contractual...» (art. 424).
- 3) *C. Civil del Perú*: «En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual» (art. 1435).
- 4) *C. Civil de Bolivia*: «Cada uno de los contratantes puede sustituirse mediante un tercero en un contra-

to con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido aún ejecutadas y siempre que consienta el otro contratante» (art. 539).

- 5) *C. de Comercio de Colombia: «En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, ...».*

«La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles *de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido».

El Proyecto de la Comisión Dec. 468/92 ha sido mezquino en este aspecto y no ha especificado qué clase de contratos son susceptibles de ser cedidos, limitándose a exigir que se trate de «*contratos con prestaciones pendientes*».

Como puede verse, salvo el C. de Comercio de Colombia, con más o menos claridad, con mayor o menor precisión, los demás códigos dejan sentado como presupuesto para la cesión, que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, aún incumplidas en todo o en parte, al tiempo de la sustitución.

El C. de Comercio de Colombia, en cambio, introduce varias novedades sobre el tema que estamos analizando.

En primer lugar, distingue los contratos de ejecución periódica o sucesiva de los de ejecución instantánea, a los fines de la necesidad del consentimiento del cocontratante cedido.

En segundo término introduce la cuestión relativa a la posibilidad de ceder un contrato *intuitu personae*, permitiéndolo en la medida que lo consienta el cedido.

Dejando de lado este último aspecto, relativo a la posibilidad de sustituir la posición contractual en los contratos en que la persona obligada tiene un rol especial, por su cualidades, condiciones o características particulares, todo lo cual, en definitiva, queda librado a la voluntad de los

celebrantes, lo cierto es que, como regla general, pueden sentarse los siguientes criterios.

- a) Debe tratarse de contratos con prestaciones correspectivas, que en nuestro código están definidos como contratos bilaterales. Podría ampliarse en ciertos supuestos a los bilaterales imperfectos, esto es, contratos en los que, luego de su celebración, surgen obligaciones a cargo de quien originariamente no lo estaba.
- b) Deben estar pendientes de cumplimiento en todo o en parte prestaciones en ambos lados de la relación jurídica que se transfiere.

Son estos presupuestos los que, a nuestro juicio, debe requerir la norma que regule la cuestión para que una determinada transferencia de derechos y obligaciones quede enmarcada en la figura de cesión de posición contractual.

Cabe hacer una aclaración: la calificación de contratos bilaterales se propugna en el contexto del código vigente. Si eventualmente se modificara y se adoptara, como lo hizo el Código Civil italiano, la clasificación de contratos con prestaciones recíprocas y a cargo de una sola de las partes, la cesión de posición contractual será una institución adecuada para aquéllos y no para estos últimos.

16.2. La forma

Ya hemos hecho referencia al problema de la forma en general, por lo que ahora nos referiremos a lo que ha sido legislado en los países que tienen reglamentada la figura en estudio.

En este sentido el Código Civil de Portugal, en su art. 425 establece que «*La forma de la transmisión, la capacidad de disponer y de recibir, la falta y los vicios de la voluntad y las relaciones entre las partes, se definen en función del tipo de negocio que sirve de base a la cesión.*», precepto que ha sido copiado casi textualmente por el art. 1436 del C. Civil del Perú.

Por su lado el C. de Comercio de Colombia es más explícito. Dice el art. 888 que *«La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito.*

«Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por acto escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro.

«Si el contrato consta en un documento inscrito que, a pesar de no ser título-valor, esté otorgado o tenga la cláusula «a la orden» u otra equivalente, el endoso del documento bastará para que el endosatario se sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato».

Por su lado el Código Civil italiano, el boliviano y el Proyecto de Código Unificado de la Comisión creada por Dec. 468/92 nada dicen al respecto.

Vale decir que en el derecho comparado encontramos que algunas legislaciones han optado por reglamentar lo atinente a la forma y otras no.

Aún cuando parezca evidente que, según los principios generales de nuestro derecho, han de respetarse las disposiciones que hemos comentado, nos parece conveniente incluir alguna referencia sobre el particular para tutelar, como hemos dicho precedentemente, los derechos de los terceros interesados y los de los propios contratantes.

Para ello nos parece lo más conveniente efectuar una remisión a lo que se dispone en materia de cesión de derechos ¹.

Existe alguna jurisprudencia nacional sobre el tema, en particular con relación a los boletos de compraventa, en don-

¹ Tal tesis es sostenida por COMPAGNUCCI DE CASO, en el trabajo citado, pág. 331, en donde expresa: *«La cesión del contrato debe ser hecha por escrito. Esta formalidad es la que la ley exige para la cesión de créditos (art. 1454), dejándose a salvo las mismas excepciones que el Código trae: la escritura pública y la tradición manual (conf. art. 1455)».*

de se ha sostenido: a) que los boletos de compraventa de inmuebles pueden cederse por simple endoso, sin necesidad de escritura pública, por tratarse de la forma habitual de efectuar las transferencias en esta clase de negocios ². b) Que la escritura pública no es exigible cuando se trata de la cesión de derechos resultantes de la promesa de venta de un inmueble, desde que éste sólo opera como una obligación de hacer la escritura siendo inaplicables las normas del art. 1184, incs. 1º y 9º del C.Civil ³.

En el II Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe de 1988 se dijo en las recomendaciones de *lege lata* que en lo que respecta a la forma del contrato de cesión de contrato resultan de aplicación los principios del Código Civil para la cesión de créditos y en los supuestos que fuese necesaria la escritura pública, el instrumento privado valdrá en los términos del art. 1185.

Se dijo que esta conclusión es coincidente con lo sostenido por Alterini y Repetti, en el sentido de que, en razón de no tratar la ley expresamente la cesión de contrato, no regiría el principio de la libertad de las formas del art. 974 del C. Civil, sino que, por tratarse de un contrato innominado, debe recurrirse a la figura contractual más semejante que es la cesión de créditos, por lo que resultaría imprescindible la forma escrita bajo pena de nulidad y escritura pública en los supuestos que ella se exige para aquel contrato ⁴.

² C. N. Civ. Sala «F», agosto 19 de 1971. «Dotti, Francisco c/ Soares Antonio, J.». L.L. 150-736 (30.276-S). J.A. 972-13-59, aun cuando tal posición merezca algunos reparos si se considera que hemos puesto de manifiesto nuestra adhesión a la postura de afirmar que la cesión de posición contractual es un contrato plurilateral que requiere la intervención de los tres centros de interés afectados.

³ C. N. Civil Sala «A», abril 15 de 1994 «Calligaro María C. c/ Glass de Reich Olga». E.D. 160-66.

⁴ Félix A. TRIGO REPRESAS, «La cesión del contrato» en el Segundo Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe, L.L. 1988-E, pág. 894.

16.3. El consentimiento del cocontratante cedido

16.3.1. Necesidad de consentimiento del cedido

Tal como lo hemos ido advirtiendo en las distintas definiciones dadas del instituto, en las precisiones sobre su contenido, en el alcance de los efectos que produce y en la forma en que ha sido regulado normativamente en las legislaciones que han receptado la figura, se evidencia la necesidad de contar con la conformidad y participación del cocontratante cedido para que la cesión produzca los efectos típicos tenidos en mira al tiempo de su celebración: la transferencia del conjunto de derechos y obligaciones derivados de un contrato a un tercero, quien pasa a ocupar el lugar del cedente y asume el rol de cocontratante.

Este consentimiento puede ser prestado de diversas maneras y en distintos momentos.

En general se requiere una manifestación de voluntad expresa, brindando el asentimiento a la modificación subjetiva del contrato celebrado.

La excepción la constituye el Código de Comercio de Colombia en donde se sientan algunos principios que, en términos generales, nos parecen inapropiados.

Así en el código colombiano se establece en primer lugar que, tratándose de contratos de ejecución periódica o sucesiva, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero... *sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido...* agregando a continuación que ello será posible «si por ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución».

Esta última expresión, a nuestro criterio, estaría referida a la posibilidad de cesión, más que a la necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, pero no puede descartarse una interpretación en el sentido que, salvo prohibición de la ley o estipulación de las partes en contrario, puede transferirse la posición contractual sin necesidad de aceptación expresa del cedido.

Y más adelante agrega la misma norma que en los contratos de ejecución instantánea, aún incumplidos y en los *intuitu personae*, también es posible la sustitución, «pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido».

Nuevamente se presenta la disyuntiva de interpretar si el requisito «aceptación del contratante cedido» se refiere exclusivamente a la última alternativa, contratos *intuitu personae*, o incluye a los descriptos en la primera parte del párrafo, contratos de ejecución instantánea, inclinándonos por esta última, en función de la distinción que hace en el artículo, al dividir la norma en dos párrafos y por la utilización del plural al hablar de «estos casos», plural que no se justificaría si estuviera refiriéndose exclusivamente a la hipótesis de los contratos *intuitu personae*.

Creemos que la diferenciación estriba, precisamente, en la necesidad o innecesidad del consentimiento del contratante cedido, según la clase de contrato de que se trate.

Por último, en el art. 889, se establece la regla de consentimiento tácito a la sustitución, en los contratos de suministro, cuando se permita «su continuación por un tercero».

En conclusión, se advierte en el sistema colombiano todo un sistema de admisión de la cesión de la posición contractual, sin necesidad de consentimiento expreso por parte del cocontratante cedido, único en la legislación comparada que hemos tenido ocasión de analizar ⁵.

⁵ En este punto cabe señalar que en el derecho anglosajón, referido más bien a la cesión de derechos que a la sustitución de posición contractual se establece en el Código Uniforme de Comercio, en el art. 2°, que, en términos generales, son válidas las cláusulas que prohíben la cesión, en la medida que sean pactadas libremente por las partes. Pero también se establecen excepciones. Y entre éstas, se menciona la posibilidad que una de las partes transfiera los derechos derivados de un contrato, aun cuando éste tenga una cláusula prohibitiva, cuando esa parte ha cumplido ya totalmente con las obligaciones a su cargo. (&2-210(2); &9-318(4)). Un comentario más amplio puede verse en *Contracts*. EMANUEL y KNOWLES, obra citada, pág. 306. Se menciona en esta misma obra que cuando existe una cláusula que prohíbe la «cesión del contrato», la cláusula debe interpretarse como que está

Pero el más elemental análisis del tema lleva al convencimiento de la impropiedad del sistema propugnado por el Código colombiano y la conveniencia de exigir, de parte del cocontratante cedido, su conformidad para la sustitución de la posición contractual.

Sin perjuicio de ello, cabe reconocer que en éste, como en muchos temas, no es bueno adoptar posturas absolutas. Vale decir que, en determinadas circunstancias, no es razonable admitir una negativa a la cesión de la posición contractual cuando esta negativa carece de un mínimo de razonabilidad.

En este sentido cabe traer a colación la norma del art. 1598 de nuestro Código Civil en donde se establece que, pese a existir una cláusula que prohíba ceder el arrendamiento sin consentimiento del locador, esta convención debe interpretarse en el sentido que si el cesionario propuesto ofreciese todas las condiciones de solvencia y buen crédito, no podrá impedirse por parte del locador tal cesión o, según nuestra terminología, tal cesión de la posición contractual.

Vale decir que, en casos especiales, en los que la calidad del contratante no sea elemento determinante de la contratación, en donde la prestación a cumplir por el obligado no revista la más mínima característica de personal o intransferible, como puede ser la obligación de dar una suma de dinero, no sería aceptable una negativa infundada a ceder la posición contractual. Y de esta manera se estaría, indirectamente, legitimando la cesión de posición contractual sin requerir el consentimiento del cocontratante cedido.

Y en estos casos queda por considerar la liberación del cedente, la que, en principio, no podría darse, puesto que importaría una modificación unilateral de las condiciones de la contratación celebrada.

vedada la delegación de las obligaciones del cedente, no la cesión de los derechos que, en principio, puede llevarse a cabo libremente, siendo la tendencia de los tribunales a liberar de tales prohibiciones de cesión.

En síntesis, nos inclinamos porque, como regla, se requiere el consentimiento del cocontratante cedido para perfeccionar la cesión de posición contractual, sin perjuicio de contemplar, en casos especiales, la posibilidad de suplir una negativa infundada, por decisión judicial, cuando la prestación a cumplir por el cedente no reviste características especiales ni personales y pueda ser cumplida, sin la menor objeción, por otro sujeto, en este caso el cesionario. Y sin perjuicio de la subsistencia de la obligación del cedente⁶.

Sin embargo, no estimamos necesario regular expresamente el punto, cuestión que, en última instancia, tendrá que ser resuelta por los jueces sobre la base de los arts. 1071, 1198 (1^{ra} parte) y concordantes de nuestro Código Civil.

En este punto el Proyecto de Unificación Dec. 468/92 ha innovado al establecer que se requiere que «*las demás partes lo consientan*», y aclara que «se hace referencia a «las demás partes» del contrato originario, y no sólo a la otra parte, dada la posibilidad de contratos celebrados con intervención de más de dos partes». La acotación si bien nos parece interesante, la entendemos innecesaria al considerar que si los contratantes son varios, la regla debe adecuarse naturalmente.

16.3.2. Oportunidad de prestar el consentimiento

Dejando de lado ya la cuestión atinente a la necesidad de contar con la conformidad del cedido, corresponde ocupar-

⁶ Desde otro punto de vista, y tal como ya lo hemos apuntado anteriormente, cabe considerar que el cedido no adopte una postura meramente pasiva de prestar su asentimiento, sino que cabe atribuirle una posición activa, de intereses confrontados con cedente y cesionario, pudiendo, por ejemplo, exigir una contraprestación por su aceptación, la fijación de un término dentro del cual debe concretarse la cesión en la hipótesis de aceptación previa, la exigencia de una garantía particular del cedente por el eventual incumplimiento del cesionario, etc.. Así lo explica MIRABELLI (*Dei contratti in generale*. op. cit., pág. 424).

nos del aspecto relativo a la ocasión en que tal conformidad puede prestarse válidamente.

En este sentido ya hemos tenido ocasión de ver cómo el consentimiento del cedido puede prestarse anticipadamente, simultáneamente y con posterioridad al momento en que se celebra el contrato de cesión entre cedente y cesionario.

Cualquiera de los tres momentos es válido para conformar el acuerdo tripartito que se requiere para perfeccionar el negocio jurídico complejo que es la figura bajo examen ⁷.

16.3.2.1. Consentimiento anticipado

Perfectamente puede pensarse en la conformidad prestada por uno o por ambos contratantes, al momento de celebración del negocio jurídico que les ocupa, para que, en un futuro más o menos lejano, puedan una o ambas partes, sustituirse por un tercero. Los contratantes deberán soportar en el instante de perfeccionar su acuerdo, si la índole de las obligaciones asumidas por uno y otro permiten esta transferencia subjetiva.

Efectuada la evaluación respectiva y brindado el acuerdo para la sustitución eventual, sólo queda aclarar que, para la perfecta transferencia, es menester que quien autorizó la cesión, tome conocimiento de su efectivización.

Esto es tanto para la hipótesis de que la cesión se autorice anticipadamente con nombre propio, es decir, limitando la per-

⁷ En este punto cabe señalar que en determinadas circunstancias y con efectos limitados se ha admitido la cesión aun mediando prohibición expresa de sustituir. Recordamos nuevamente el fallo de la C. N. Civ. Sala «B» en «Midon Roberto c/ Negrete Paula» en el cual, sobre este punto, si bien se trata de un boleto de compraventa con el precio ya pago, se dijo: «... Los boletos de compraventa pueden ser cedidos aún por simple endoso y, en determinadas situaciones contractuales -caso de pago de precio al contado-, aunque haya prohibición expresa al respecto...» (L.L. 128-182).

sona del cesionario posible, cuanto en el caso que exista plena libertad por parte del contratante para elegir el cesionario.

La notificación se requiere para dar firmeza, certeza, a las relaciones jurídicas. Es imprescindible para que el deudor pueda cumplir acabadamente con su prestación y pueda obtener carta de pago tan pronto lleve a cabo la prestación que conforma el objeto de la obligación respectiva. En otras palabras para poder pagar bien es menester que la prestación sea cumplida a favor de quien es el legítimo acreedor. El Código de Comercio de Colombia expresamente ha regulado la situación al establecer que *«El contratante cedido no podrá cumplir válidamente en favor del cedente las prestaciones derivadas del contrato cedido, una vez notificada o aceptada la cesión o conocido el endoso»* (art. 892) y agrega una consecuencia grave y novedosa: *«Si el cedente recibe o acepta tales prestaciones sin dar al contratante cedido aviso de la cesión o endoso del contrato, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal para el delito de estafa»*.

Estimamos innecesaria la aclaración pues esa es una consecuencia natural del régimen general de la cesión, cuyas reglas son sin duda de aplicación subsidiaria en esta materia.

La referencia al delito criminal también la reputamos innecesaria dado que, para que se configure, habrá que tener en cuenta no sólo el tipo sino las demás circunstancias que deben rodear el negocio o el pago para que sea punible penalmente, para lo cual habrá que estar a las disposiciones del Código Penal.

De este tema también se ha ocupado el Código Civil italiano en el art. 1407 cuando prevé que, si una de las partes hubiera consentido previamente que la otra sustituya a sí misma por un tercero en las relaciones derivadas del contrato, *«la sustitución será eficaz respecto de ella desde el momento en que le haya sido notificada o en que la haya aceptado»*.

El Código de Comercio de Colombia tiene una previsión especial referida a la fecha en que la cesión produce efectos y expresa que entre cedente y cesionario produce efectos

desde el momento de la celebración del acuerdo, pero con relación al cedido y a terceros, «*sólo produce efectos desde la notificación o aceptación...*».

El Código Civil de Bolivia nada dice al respecto.

Los códigos peruano y portugués en disposiciones semejantes al italiano, establecen que «*Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta.*» (art. 1435 C. Civil del Perú) y que «*Si el consentimiento del otro contratante fuera anterior a la cesión, ésta solo produce efectos a partir de su notificación o reconocimiento*» (art. 424 C. Civil de Portugal).

Una redacción de este estilo nos parece adecuada.

16.3.2.2. Consentimiento simultáneo

La concurrencia de las tres voluntades de cedente, cesionario y cedido en el momento de perfeccionamiento del contrato de cesión es la hipótesis más fácil desde el punto de vista del consentimiento a la cesión y del momento a partir del cual esta cesión produce plenos efectos.

Si las tres partes interesadas exteriorizan su voluntad simultáneamente no se suscita situación alguna que requiera aclaración o posterior actuación de ninguno de los intervinientes en el acto.

Sólo el Código Civil del Perú hace referencia a esta situación, previendo de manera expresa la posibilidad que «*la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión*» (art. 1435).

La falta de mención en las otras legislaciones no significa de manera alguna que no sea posible sino que, por el contrario, lo contempla tácitamente, como la forma habitual de que tal consentimiento sea prestado.

A fuer de pecar de sobreabundante, adherimos a la puntualización que al respecto efectúa el código peruano.

16.3.2.3. *Consentimiento posterior*

Es una hipótesis también perfectamente posible aun cuando no esté contemplada normativamente de forma expresa.

Celebrado el contrato de cesión entre cedente y cesionario, uno cualquiera de ellos o ambos, se comprometen a obtener de parte del cedido su conformidad para que se perfeccione la transferencia del conjunto de derechos y obligaciones que conforman el contenido del contrato cedido.

Ya hemos visto que esta conformidad es esencial para el perfeccionamiento de la figura, pero no puede soslayarse el análisis del caso que tal conformidad no sea prestada.

Creemos que en esta situación, el contrato de cesión tendrá plenos efectos entre cedente y cesionario, pero no le será oponible al cedido ni a los demás terceros, ante quienes seguirá obligado, como parte del contrato, el cedente, sin perjuicio de su obligación de transmitir, luego, tanto el aspecto activo como el pasivo de la contratación, al cesionario.

El contrato de cesión, celebrado sin la participación del cedido, será para éste *res inter alios acta*, no surtiendo efectos respecto del mismo como consecuencia del principio de la relatividad de los contratos que en nuestro código civil tiene consagración legislativa en el art. 1195.

De allí la importancia que atribuimos a tal consentimiento del cedido para que la sustitución de la posición contractual produzca plenos efectos.

Como consecuencia de lo expuesto cabe concluir que el consentimiento puede prestarse válidamente antes, simultáneamente o con posterioridad al momento de la celebración del contrato de cesión, pero cuando el consentimiento fue prestado con anterioridad, es necesario que se notifique al deudor cedido la efectivización de la cesión para dar certeza a la relación jurídica.

En este aspecto el Proyecto de Unificación Dec. 468/92 explícitamente hace referencia a que las demás partes lo con-

sientan «antes, simultáneamente o después de la cesión» (art. 1069), en una redacción que parece razonable.

Y también compartimos la aclaración que hace la segunda parte del artículo citado al explicar que «*si la conformidad hubiese sido previa a la cesión, ésta sólo tendrá efectos una vez notificadas las otras partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido*»

Esto último haría referencia a la forma prevista en el art. 1046 del mismo Proyecto, en donde se establece que «*La cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento escrito de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables*».

También adherimos a esta idea, con la salvedad que la remisión tendrá que ser a la legislación vigente, cualquiera fuera ella (Código Civil actual o nuevo código unificado).

Si bien el proyecto remite a la forma de notificación prevista en mismo cuerpo normativo, aún dentro de nuestro código vigente, la remisión a los arts. 1459, 1467 y concordantes la estimamos válida.

16.4. Los efectos

Es claro que el objeto principal buscado por la institución de que nos ocupamos es hacer entrar a un tercero, a un extraño, en el rango de parte contratante en lugar de uno de los contratantes originarios.

Y éste también es el efecto principal de la figura.

Pero tan pronto se empieza a efectuar un análisis más fino de la cuestión se advierte que asoman una serie de problemas que requieren estudio y definición.

Así cabe señalar que debe tenerse en cuenta qué consecuencias acarrea la cesión de la posición contractual en lo que respecta: a las excepciones, como la *exceptio non adimpleti contractus*; a las condiciones, como las condiciones

resolutorias expresas; a las facultades de configuración, como la rescisión, la anulabilidad, renuncia, etc.⁸.

Desde otro punto de vista, como en realidad existen dos relaciones contractuales diferentes, por una parte el contrato originario y por la otra el contrato de cesión, es menester también indagar qué efectos produce el incumplimiento, la rescisión, la nulidad o la resolución de uno y de otro.

Ya nos hemos ocupado anteriormente de los distintos grupos u órdenes de relaciones que se originan como consecuencia del negocio de cesión: a) entre cedente y cedido; b) entre cedido y cesionario y c) entre cedente y cesionario.

Acá, además de precisar ya el contenido de la propuesta al respecto, nos interesa destacar algunos aspectos que pueden requerir de parte del legislador alguna definición específica plasmada en una norma que los regule para definir los alcances del negocio de que se trata.

16.4.1. Lo que debe legislarse en lo relativo a los efectos entre cedente y cedido

En lo que respecta a la relación entre cedente y cedido, el aspecto que más interés presenta en relación al conjunto de normas que regulen el instituto, es lo atinente a la liberación del cedente.

16.4.1.1. La liberación del cedente

Es este, a nuestro criterio, uno de los puntos cruciales de la cuestión bajo examen.

Al margen del fin especulativo que se pueda perseguir con la cesión de posición contractual, si se lo enfoca como una

⁸ Cfr. Luis DIEZ PÍCAZO, en *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ed. cit., pág. 830.

forma de obtener una ganancia a través del traspaso del conjunto de derechos y obligaciones de esa relación contractual, uno de los efectos principales buscados a través de la cesión de posición contractual, es liberarse el cedente de las obligaciones asumidas cuando celebró el contrato originario.

Desde este punto de vista las legislaciones pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) Las que nada dicen al respecto. Acá debemos citar al Código Civil de Portugal.
- b) Las que liberan al cedente salvo que exista una manifestación expresa de voluntad en contrario, exteriorizada a través de reserva efectuada al momento de consentir la cesión. Sistema adoptado por el Código Civil italiano (art. 1408), seguido de manera más o menos similar por el Código de Comercio de Colombia (art. 893).
- c) Las que exigen un pacto expreso al respecto para que el cedente no quede liberado. Así el Código Civil del Perú (art. 1437) y Código Civil de Bolivia (art. 540).

Partiendo de la hipótesis que la liberación del cedente es una de las cuestiones centrales del tema bajo examen, estimamos que es conveniente que la legislación a dictarse prevea de manera clara y precisa la situación en que queda el cedente luego de perfeccionada la sustitución de la posición contractual ⁹.

⁹ Sobre este aspecto es de interés señalar alguna escasa jurisprudencia que existe al respecto en el sentido de no liberarse el cedente. «Cuando el cirujano jefe delega en uno de sus médicos del equipo lo que hay en estos casos es una simple cesión temporal del contrato de locación de servicios en cuanto al lugar que en él ocupaba el médico jefe, aunque de carácter temporario con las mismas atribuciones, deberes y derechos. Esta cesión, o mejor dicho delegación de un médico en otro, de ningún modo exime al delegante de la eventual responsabilidad en que pudiera llegar a incurrir, sea por sus propios errores, sea por los del médico sustituto frente al paciente delegado, a condición, naturalmente de que esas deficiencias, omisiones, descuidos o negligencia se demuestren con prueba irrefutable.» (C. N. Esp. Civil y Com. Sala IV, noviembre 11, 1985. «Piemonte Agustín y otro c/ Matera, Raúl F.». L.L. 1986-B, 76. DJ, 986-II-227.)

Ello así porque nuestros autores y la jurisprudencia nacional han entendido que, si no media una liberación expresa o se produce la novación de la obligación, el cedente de la posición contractual, en función de las normas hoy vigentes, no queda liberado ¹⁰.

En este aspecto el sistema del Código Civil italiano nos parece el más adecuado.

La terminología utilizada es clara: *«El cedente quedará liberado de sus obligaciones hacia el contratante cedido desde el momento en que la sustitución resulte eficaz respecto de éste»*.

El Proyecto de unificación decreto 468/92, en el art. 1070 dice *«Desde la cesión o, en su caso, desde la notificación a las otras partes, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario»*. Usa el verbo «apartar» que no tiene el significado técnico, categórico y terminante del verbo «liberar». De allí nuestra preferencia por este último ¹¹.

Se ha previsto también en la mayoría de las legislaciones a que ya hemos hecho referencia la posibilidad que el cocontratante cedido conserve sus acciones contra el cedente y para ello es menester regular la forma en que debe procederse en tal hipótesis.

¹⁰ Existen varios fallos que sustentan esta postura. Podemos citar los siguientes: «El cedente de un boleto de compraventa, mientras no medie novación no queda liberado de las obligaciones contraídas» (C. N. Civ. Sala «A», agosto 30-1973, «Lascombes O`Toole, Daniel. E.D. 52-418). «Resulta claro que la cesión instrumentada en autos es perfectamente válida. El interés del vendedor se limita a que el demandado (primitivo deudor y cedente) no quede desobligado y, efectivamente, esto no podría ocurrir sin su conformidad expresa (art. 814 C.C.)» (C. N. Civ. Sala «C», marzo 8-977. «Rosemberg de Núñez, Jacinta c/ Moyano de Valentín María». L.L. T. 1977-C-p. 177). «Cuando se trata de la cesión de un boleto de compraventa, mediante la cual no sólo se ceden derechos y créditos, sino también deudas, el comprador-cedente no puede pretender desligarse de las obligaciones emergentes del contrato mientras no haya sido exonerado expresamente por parte del vendedor» (del voto del Dr. Garzón Maceda). (C.N.Civ. Sala «A». Julio 7-1967. «Grinspan, Abraham D. c/ Lococo Clemente». L.L. 128-165).

¹¹ Es de resaltar que en este artículo, el Proyecto prácticamente ha hecho suyo el texto del art. 1437 del C. Civil del Perú.

En primer lugar, fijando la manera de dejar aclarada la falta de liberación del cedente.

En este aspecto hemos dicho que el Código Civil de Portugal nada ha previsto sobre el particular.

El boliviano sucintamente establece que «*Si el cedido no libera al cedente, y en el supuesto de que el cesionario no cumpla con su prestación, el cedente responde ante el cedido siempre que éste le haya dado aviso oportuno sobre dicho incumplimiento*».

El Código Civil de Perú, el italiano y el Código de Comercio de Colombia regulan más exactamente la situación pues fijan un plazo dentro del cual el cedido debe dar aviso al cedente sobre el incumplimiento del cesionario: treinta días, quince días y diez días respectivamente.

El Proyecto de Unificación Dec. 468/92 adopta el más largo: treinta días, y de manera clara determina la liberación del cedente frente a la falta de cumplimiento por parte del cesionario. La redacción y el contenido nos parecen adecuados aunque, es menester resaltar que en la edición que hemos utilizado ¹² o bien hay un error en la redacción o bien hay un error en la impresión porque en la segunda parte del segundo párrafo del proyectado art. 1070 dice que «el cedido o los cedidos deberán notificar el incumplimiento al cesionario dentro de treinta días de producido...», cuando en realidad lo que corresponde es que el cedido notifique al cedente el incumplimiento del cesionario.

Relacionado con el tema de la liberación del cedente, pero aplicable a la casi totalidad de los efectos que produce la sustitución de la posición contractual, cabe señalar que estos efectos no son en general retroactivos. La liberación del cedente se produce *ex nunc* y no *ex tunc*. Si se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, que había tenido ya una eje-

¹² «Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por dec. 468/92, Buenos Aires, Astrea, 1993.

cución parcial, el cedente continúa obligado a cumplir con las obligaciones correspondientes al período anterior a la cesión y, correlativamente, podrá exigir del contratante cedido la satisfacción de aquellas prestaciones que correspondían al período anterior a la cesión.

No parece necesaria una regulación expresa sobre el punto ya que se aplicarían al respecto las normas generales.

Desde luego que en este aspecto las partes tendrán la posibilidad de pactar algo distinto, por ejemplo, que la totalidad de los derechos o de las obligaciones pendientes de cumplimiento, aunque correspondan al período anterior a la cesión, pasen al cesionario.

16.4.2. Lo que debe legislarse en lo relativo a los efectos entre cedido y cesionario

A partir del momento en que se perfecciona el consentimiento de las tres partes intervinientes en este negocio jurídico, el cesionario pasa a actuar como «parte» del contrato original y por tanto se convierte en titular de los derechos y deudor de las obligaciones emanadas de tal contrato. Pasa a ocupar el lugar en que antes estaba el cedente.

De allí en más, el contratante cedido debe cumplir con las prestaciones derivadas del contrato base para con el cesionario y tendrá derecho a que este último ejecute en su favor las obligaciones que conformen el contenido pasivo del contrato.

Naturalmente que si el cocontratante paga al cedente, ese cumplimiento no tendría efectos liberatorios.

16.4.2.1. La cuestión relativa a las excepciones que pueden oponerse entre cedido y cesionario

Desde otra óptica, tal como ya lo hemos visto anteriormente, el cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones nacidas del contrato y, recíprocamente, el ce-

sionario puede oponerlas al cedido. No podrían, en cambio, salvo expresa reserva en el momento de la transferencia, oponerse las excepciones fundadas en las relaciones personales propias con el cedente no dependientes del contrato materia de cesión.

Al mismo tiempo que el cesionario asume los derechos y las obligaciones fundamentales derivadas del contrato básico, también asume los deberes laterales o secundarios, las expectativas, los deberes accesorios de conducta de los que era titular el cedente ¹³.

Veamos qué ha sido regulado en este aspecto en las legislaciones que hemos tomado como punto de partida para la elaboración de la propuesta.

Código del Perú

En el art. 1437 establece el efecto natural que la cesión produce: *«El cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión»*.

En el artículo siguiente, el 1438, se refiere a la cuestión atinente a las excepciones, y lo hace de la manera siguiente: *«El cedido puede oponer al cesionario y éste a aquél las excepciones y medidas de defensa derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que expresamente hubiera hecho reserva de ellas en el momento en que aceptó la cesión»*.

Código de Portugal

Se define de manera semejante en el art. 427 al expresar *«La otra parte del contrato tiene derecho de oponer al cesionario los medios de defensa provenientes de ese contrato, mas*

¹³ Cfr. Joao de Matos ANTUNES VARELA, op. cit., pág. 402.

no los que provengan de otras relaciones con el cedente, a no ser que haya hecho la reserva al consentir la cesión».

Se diferencia del anterior en que aquél contempla la situación de ambas partes mientras que éste sólo se ocupa de las defensas que puede oponer el cedido.

Código de Bolivia

Mediante una fórmula que no nos parece acertada, en el art. 541 se regula de la manera siguiente: *«El cedido puede oponer al cesionario solamente las excepciones derivadas del contrato, salvo lo convenido en la sustitución».*

En realidad no sería estrictamente cierto que las únicas excepciones que pueda oponer el cesionario serán las derivadas del contrato ya que puede haber defensas nacidas con posterioridad a la cesión o situaciones personales del cedido en relación al cesionario que le permitan oponer con éxito otras defensas.

Más razonable parece el Código Civil italiano que especifica cuáles no puede oponer.

Código Civil Italiano

Art. 1409. *«El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que hubiera hecho expresa reserva de ellas en el momento en que consintió en la sustitución».*

Código de Comercio de Colombia

Tiene dos artículos que se refieren al tema bajo examen.

Art. 895. *«La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes».*

Art. 896. *El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato. Podrá también oponer aquéllas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión».*

Como se puede ver, adopta una forma positiva: podrá oponer otras defensas respecto de las cuales haya hecho reserva.

Por último, el Proyecto de la Comisión Dec. 468/92 propuso:

Art. 1071. *«Los cocontratantes pueden oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que hubiesen hecho expresa reserva al consentir la cesión».*

Como se ve, la idea predominante en cuanto a las defensas oponibles es que cabe argüir las excepciones derivadas del contrato más no las personales salvo reserva al respecto. Las redacciones no difieren demasiado, pero el código colombiano nos parece acertado al definirse positivamente mientras que el peruano lo entendemos adecuado por cuanto contempla ambas partes en situación de igualdad.

16.4.2.2 La cuestión atinente a los derechos potestativos

Pero indudablemente que el tema de la relación entre cedido y cesionario no termina en la sustitución como parte y en las defensas oponibles.

Con relación a los derechos potestativos se suscitan dudas entre los autores sobre si se transmiten al cesionario aquéllos cuyo origen proviene de un acto anterior a la cesión ¹⁴.

¹⁴ En la escasa jurisprudencia existente en nuestro país sobre el tema, cabe citar un fallo que precisamente distingue la cesión de posición contractual con la simple cesión de derechos en función de estas potestades que se transmiten en la primera. «En la «cesión de contrato» se transmite el contrato en su totalidad y el cesionario adquiere el rango de parte contractual en lugar del contratante originario, con su posición activa y pasiva en las prestaciones recíprocas, incluso la calidad de deudor. En cambio en la «cesión de derechos» se transfiere sólo la titularidad activa de derechos singulares, es decir, faltan las potestades

Pongamos un ejemplo.

En un contrato de aprovisionamiento de productos perecederos, con prestaciones escalonadas en el tiempo y pagos correlativos, el proveedor (cedido) ya se encontraba en mora por incumplimiento al tiempo de la cesión de posición contractual. ¿Podría el cesionario, alegando la falta de cumplimiento por parte del cedido al cedente, resolver el contrato por incumplimiento?

La respuesta a esta pregunta depende de la posición que se adopte con relación a la naturaleza y razón de ser del derecho potestativo de que se trata.

Si se considera al derecho de resolución como un medio de coacción contra el deudor en mora o si se estima concedido este derecho como una solución natural para quien fundamentalmente pierde la confianza en la otra parte, la transmisión de este derecho al cesionario no se justifica ¹⁵.

Si por el contrario, el fundamento de la resolución tiene por basamento el mantenimiento de la ecuación económica financiera del acuerdo, quebrada por el incumplimiento o si fuera un hecho duradero, que persiste más allá del contrato de cesión, o en un hecho posterior a la celebración de la cesión, cabrá por cierto la resolución.

Se podría citar como ejemplo la presencia de vicios en la cosa locada, existentes al tiempo de la cesión, que subsisten después de ésta.

Otra cuestión interesante se refiere a la titularidad o legitimación para sostener la anulabilidad del contrato básico, cuando la nulidad se funde en una incapacidad o en cualquier vicio de la voluntad de que haya sido víctima el cedente.

activas del contrato, como ser la «potestad resolutoria». (C.Fed. Tucumán, noviembre 22.972. «Pistono, Aldo c/ Bodegas y Viñedos Giol». L.L. 150-169).

¹⁵ ANTUNES VARELA preconiza esta postura sobre la base de sostener que el cesionario no tiene, normalmente, derecho a las prestaciones vencidas antes de la cesión y, además, porque el cedido no ha cometido, para con el cesionario, ninguna falta que justifique la pérdida de confianza en aquél depositada, op. cit., pág. 405.

Supongamos que el locatario fue dolosamente inducido por el locador a celebrar el contrato de locación. Luego el locatario cede su posición contractual. ¿Podría todavía demandar la nulidad? ¿Podría hacerlo el cesionario?

La respuesta negativa se impone si de las circunstancias del caso se evidencia que ha existido, de parte del cedente, titular del derecho de anular, una voluntad, expresa o tácita, de confirmar el negocio viciado.

Por su lado, el consentimiento del cesionario, al carecer de vicios, es plenamente válido y no podría tampoco invocar aquella nulidad.

Pero cuando esta confirmación no ha existido, la solución no se presenta tan fácil ¹⁶.

En función de todo lo expuesto, estimamos inconveniente incursionar en la regulación legal de la cesión de posición contractual en este tema de los efectos secundarios, los que tendrán que resolverse sobre la base de las circunstancias propias de cada caso en particular, con las herramientas que proporciona el derecho común.

Otro aspecto que guarda vinculación con el problema que estamos tratando es lo relativo a la posibilidad de que el cedido pueda oponer al cesionario defensas provenientes, no ya del contrato básico, sino relacionadas con el contrato de cesión propiamente dicho.

¹⁶ Con una óptica completamente distinta, como ya hemos visto anteriormente, parte de la doctrina francesa niega la posibilidad de transmitir estos derechos potestativos, sobre la base de negar la existencia de la cesión de posición contractual como tal, sosteniendo que la cesión convencional de un contrato, configura, en realidad, la conclusión de un nuevo contrato, con lo cual la cuestión relativa a la transmisión de derechos potestativos no tendría razón de ser. Así se sostiene en el *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacques GHESTIN, «Les Effets Du contrat», 2ª edición, Ed. L.G.D.J., 1994, pág. 760, en donde se concluye que el derecho de demandar la nulidad o la resolución del contrato pretendidamente cedido no puede, por definición, ser transmitido al cesionario ya que al tratarse de un nuevo contrato esta circunstancia lo impide.

En este sentido, parece claro que entre cedido y cesionario sólo pueden esgrimirse defensas nacidas del contrato originario puesto que el contrato de cesión, salvo reserva o cláusula en contrario, sólo contendría disposiciones que hacen al negocio jurídico llevado a cabo entre cedente y cesionario (precio, forma de pago, liberación del cedente, etc.).

En este punto encontramos diferencia con la cesión de derechos, en donde es lícito al deudor oponer al cesionario todas las excepciones que podía hacer valer contra el cedente, aunque no hubiese hecho reserva alguna al ser notificado de la cesión, con la sola excepción de la compensación (art. 1474 C. Civil).

Pero esta diferencia se explica porque la cesión de derechos puede hacerse sin el consentimiento del deudor, consentimiento que es imprescindible concurra en la cesión de posición contractual ¹⁷.

Restaría por analizar en este punto la posibilidad de que se cuestione la validez del contrato de cesión y la legitimación para ello ¹⁸.

Pongamos por hipótesis la situación del cedente que alega haber sido dolosamente inducido a contratar, para transmitir su posición contractual.

¿Podría el cedido invocar esta nulidad?

La respuesta negativa parece imponerse sin mayores dudas.

También parece claro que el cesionario no puede negarse a cumplir con las prestaciones originadas en el contrato básico, puestas a su cargo como consecuencia de la

¹⁷ Cfr. Joao de Matos ANTUNES VARELA, op. cit., pág. 404.

¹⁸ Sobre este punto es de interés el fallo de la C.N. Civ. Sala «B» *in re* «Midon, Roberto c/ Negrete, Paula» al que ya hemos hecho referencia, en donde se sostiene que «...el vendedor no tiene interés jurídico para reclamar la nulidad de la cesión puesto que le resulta indiferente transmitir la propiedad a una u otra persona...» (L.L. 128-182).

cesión de la posición contractual, por algún incumplimiento por parte del cedente relacionado con el vínculo generado entre ellos (cedente-cesionario) a partir del contrato de cesión. Lógicamente que la solución contraria se impondría en caso de que, al tiempo de celebrarse el contrato de cesión, con intervención del cedido, se hubiera hecho alguna reserva específica sobre el punto.

Esta forma de resolver la cuestión se impone como la más razonable pues el cedido tiene en el negocio jurídico de transmisión de la posición contractual un rol muy particular ya que, en principio, solamente tiene que consentir la sustitución de su cocontratante. En consecuencia, si el cedido sólo puede oponer al cesionario los medios de defensa nacidos de la relación contractual básica, también es justo y equitativo que el cesionario sólo pueda invocar contra él los medios de defensa fundados en esa relación y no también aquéllos derivados de la relación contractual de cesión.

Queda por ver la situación que podría originarse como consecuencia de la existencia de algún vicio en la voluntad del cedente (o en su caso del cesionario), ya sea por error, dolo o incapacidad, que trajera aparejada la nulidad o la anulabilidad del contrato de cesión.

¿Podría invocar el cedido esta causa de nulidad o anulabilidad?

En alguna medida la respuesta depende de la postura que se adopte en el sentido de considerar al contrato de cesión de posición contractual como un contrato *bilateral* o como un contrato *trilateral*.

En el primer caso si el consentimiento del cedido es un mero asentimiento o conformidad para la sustitución, parecería bastante claro que no tendría legitimación para invocar la nulidad.

Pero aun en el caso de considerar que el consentimiento del cedido es más que una mera conformidad, estimando que forma parte esencial del acuerdo de voluntades, como nosotros lo creemos, tampoco parece variar sustancialmente la respuesta pues-

to que, si considerando la persona del cedente, el cedido celebró originariamente el contrato, no podría ahora invocar su incapacidad (aún suponiendo que lo pudiera hacer teniendo en consideración la disposición del art. 1164 de nuestro Código Civil). Y si se trata del cesionario, la conformidad del cedido a la sustitución igualmente tuvo en consideración la persona del cesionario.

También en este punto estimamos que no es conveniente ni necesario efectuar una regulación expresa de estas situaciones al legislar sobre la cesión de posición contractual y, por ello, para dar solución a los distintos supuestos, habrá que echar mano a las normas generales de nuestra legislación, teniendo en consideración el caso en particular.

16.4.3. Lo que debe legislarse en lo relativo a los efectos entre cedente y cesionario

Fundamentalmente interesa la garantía de evicción que debe el cedente al cesionario.

El cedente está obligado a garantizar al cesionario la existencia y la validez o legitimidad del contrato cedido. Esto en función de la analogía que presenta con la figura de la cesión de derechos y que, en nuestro Código Civil en este último aspecto, está regulado en el art. 1476.

Es un elemento natural del contrato de cesión de posición contractual cuando se trata de un contrato oneroso. Y como tal, las partes pueden pactar algo distinto con las limitaciones propias de este tipo de garantía o mejor dicho, de responsabilidad ¹⁹.

¹⁹ En este punto DIEZ PICAZO, en la obra ya citada de *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, sostiene que cabe dudar si se trata de una obligación de garantía. Si el contrato cedido era inexistente o nulo, el cedente responde ante el cesionario, pero no como consecuencia de una obligación de garantía, sino como consecuencia de la ineficacia del negocio de cesión. Y como consecuencia de esta ineficacia, agrega, el cedente deberá restituir la contraprestación que hubiese recibido por la cesión.

Analizando la legislación comparada, según un orden de regulación sobre el tema, de menor a mayor, podemos expresar lo siguiente.

El Código Civil de Bolivia lo contempla en una sola frase: «*El cedente queda obligado a garantizar al cesionario la validez del contrato*» (art. 542)

El Código Civil de Portugal sienta la misma premisa básica, pero de manera más completa, puesto que le agrega la relatividad de tal responsabilidad, en función del tipo de negocio de que se trate, oneroso o gratuito: «*El cedente garantiza al cesionario, en el momento de la cesión, la existencia de la posición contractual transmitida, en los términos aplicables al negocio, gratuito u oneroso, en que la cesión se integra*» (art. 426).

Las demás legislaciones ya le agregan otro elemento relativo a la garantía por el *cumplimiento* por parte del cocontratante cedido.

Así el Código Civil italiano: «*El cedente queda obligado a garantizar la validez del contrato.*

Si el cedente asumiese la garantía del cumplimiento del contrato, responderá como fiador por las obligaciones del contratante cedido» (art. 1410).

La garantía por el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratante cedido se contempla sólo como alternativa que debe pactarse expresamente y en ese caso lo responsabiliza al cedente como fiador.

Han surgido en la doctrina italiana algunas dudas sobre el significado y el alcance de esta garantía.

Y así se ha sostenido que la garantía debe entenderse limitada a los casos de invalidez por incapacidad, por error o dolo, descubiertos con posterioridad a la cesión. Y asimismo por falta de idoneidad del objeto, haciendo la salvedad que, en la hipótesis de invalidez por vicio en el consentimiento por error o por dolo de parte del cedido, la conformidad para la cesión de la posición con-

tractual le impide hacer valer tales causas de invalidez originarias ²⁰.

A esta forma de reglamentar la cuestión, el Código Civil de Perú le agrega un nuevo elemento: la invalidez del pacto que libere de responsabilidad al cedente por existencia y la validez del contrato si es que la invalidez se debe a un hecho propio del cedente.

Así dice: *«El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario. Este pacto no surte efecto si la invalidez se debe a hecho propio del cedente.*

Es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador» (art. 1438 primer y segundo párrafo).

El Código de Comercio de Colombia, si bien en un texto simplificado, agrega un nuevo elemento: lo atinente a las garantías y a los garantes de las obligaciones transmitidas. Y lo hace distinguiendo según se trate de la existencia o del cumplimiento, esto es, el cedente responde por la existencia y validez de las garantías pero, salvo pacto en contrario, no responde por el cumplimiento por parte de estos garantes.

Dice así: *«El que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes»* (art. 890)

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Dec. 468/92 adopta un criterio que estimamos acertado, en el sentido de remitir, en general, a las disposiciones sobre la garantía de evicción en materia de cesión de derechos en general.

²⁰ Así lo sostiene Giuseppe MIRABELLI, en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, Tomo Segundo, Título II, «Delle Obbligazioni. Dei contratti in Generale», tercera edición, Turín, Edit. UTET, 1980, pág. 430 con cita de Carresi, *La cessione del contratto*, Milán, 1950, pág. 88.

Expresa el proyectado art. 1072 *«El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario, que carecerá de efectos si la invalidez se debe a un hecho propio del cedente»*.

Si el cedente garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los otros contratantes, responde como fiador.

Se aplican a la garantía de evicción las normas sobre evicción en la cesión de derechos en general».

Adherimos a este modo de regular el tema.

16.5. La situación de los garantes

Párrafo aparte merece la situación de los garantes.

Hemos dicho que el contrato de cesión de la posición contractual es un acuerdo trilateral que celebran cedente, cedido y cesionario.

Pero, a menudo, forman parte de la contratación terceros, que brindan su garantía a través de una fianza, un aval, etc..

En función de ello entendemos que para una mejor claridad es conveniente que se toque este tópico al regular el instituto a fin de brindar certeza a las relaciones que se crean.

Por ello, nos parece interesante y hacemos nuestra, la idea del código peruano (art. 1439) cuando establece que las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas.

Simplemente propiciamos cambiar el término «autorización» por «ratificación» por entenderlo más adecuado al contenido del acto que debe llevar a cabo el fiador para quedar obligado.

17. LA PROPUESTA

Sobre la base de todo lo expuesto, estimamos que puede formularse la siguiente propuesta como conclusión del estudio llevado a cabo.

17.1. La conveniencia de legislar sobre la cesión de posición contractual

Como ya hemos dicho, estimamos conveniente legislar estableciendo una regulación expresa sobre la cesión convencional de posición contractual.

Al margen de las situaciones ya contempladas (mandato, locación, seguros, ley de contrato de trabajo, etc.), es menester establecer un conjunto de normas que regle, de manera general, la sustitución de una de las partes de un contrato a través de un acuerdo trilateral, en donde se establezcan con certeza los efectos que ese negocio jurídico produce ¹.

¹ Sobre la autonomía de la cesión de posición contractual, figura contractual distinta e independiente que por ello requiere un estudio específico y una legislación propia, puede consultarse el comentario de José Ignacio NARVÁEZ GARCÍA, en su trabajo *Obligaciones y contratos mercantiles*, que en el punto correspondiente expone su coincidencia con la manera en que ha sido legislado en el Código de Comercio de Colombia. Cabe señalar que este cuerpo legal permite la cesión de la posición contractual sin necesidad del consentimiento del contratante cedido en los contratos de ejecución periódica o sucesiva, salvo que

Ello tendría un doble propósito:

- a) Guiar a las partes sobre el contenido y los efectos de la figura.
- b) Suplir la imprevisión de los contratantes cuando han dejado sin resolver algunos aspectos del negocio.

17.2. Ubicación de las normas

Sentada la premisa que es menester dictar normas que regulen la institución, nos hemos inclinado por incluirlas en el texto del Código Civil (o en el unificado si se concretara el proyecto).

Dentro de las diversas alternativas a que hemos hecho referencia anteriormente, estimamos que lo más adecuado es incluir un capítulo en el título correspondiente a la teoría general de los contratos, esto es como último capítulo del Título Primero, de la Sección Tercera, del Libro Segundo del Código Civil, inmediatamente antes de la regulación de los contratos en particular.

Alternativamente, podría ubicarse tal capítulo en el título referido a la cesión de créditos o cesión de derechos.

17.3. Contenido de las normas

El texto sugerido de los artículos a incorporarse al Código Civil sería el siguiente:

Art. 1º .- *Noción y ámbito de aplicación.*

En los contratos bilaterales, con prestaciones correspondientes pendientes de ejecución total o parcialmente,

por la ley o por estipulación convencional se haya prohibido o limitado la sustitución. Este enfoque, en realidad, es original de ese código y lo distingue de las demás legislaciones a que hemos tenido acceso. Bogotá, Temis, 1990, pág. 122.

cualquiera de las partes podrá ceder a un tercero su posición contractual, en la medida que el cocontratante lo consienta, antes, simultáneamente o después de la cesión.

Si la conformidad hubiese sido previa a la cesión, la sustitución sólo producirá efectos respecto del cocontratante y de los terceros, una vez notificada la efectivización de la transmisión en la forma establecida para la notificación al deudor cedido.

Art. 2º.- Efectos entre cedente y cedido.

Desde la cesión o, en su caso, desde la notificación al cocontratante cedido, el cedente cesa en la titularidad de los derechos y queda liberado de las obligaciones, todos los cuales pasan al cesionario.

Sin embargo, el cedido conservará sus acciones contra el cedente en caso de haber pactado con éste la subsistencia de sus derechos para el caso de incumplimiento del cesionario. En tal hipótesis el cedido deberá notificar al cedente el incumplimiento del cesionario dentro de los treinta días de producido. Caso contrario quedará el cedente libre de responsabilidad.

Art. 3º.- Efectos entre cedido y cesionario.

El cedido puede oponer al cesionario y éste a aquél, todas las excepciones y medidas de defensa derivadas del contrato. Podrá también oponer aquéllas que se funden en otras relaciones con el cedente, con tal que expresamente hubiera hecho reserva de ellas en el momento en que consintió la sustitución.

Art. 4º.- Efectos entre cedente y cesionario.

El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario, que carecerá de efectos si la invalidez se debe a un hecho propio del cedente.

Si el cedente garantiza el cumplimiento de las obligaciones por parte del cedido, responde como fiador.

Se aplican en materia de forma y de evicción las normas sobre forma y evicción de la cesión de derechos en general.

Art. 5º.- Garantías.

Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la ratificación expresa de aquéllas.

ADDENDA

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TRATAMIENTO DEL TEMA «LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL» EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN

El proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio que actualmente se encuentra a consideración del Congreso se ha ocupado del tema en el Libro IV, Título III, Capítulo XXVIII, a partir del art. 1562, bajo la denominación de «Transmisión de la posición contractual».

Habiendo sido este tema el objeto de nuestro trabajo de tesis doctoral, estimo oportuno efectuar algunas reflexiones sobre las normas proyectadas, exponiendo algunas disidencias sobre ese texto propuesto, sin que con esto se pretenda menoscabar esa magna tarea o competir con los autores, cuya versación, excelencia académica y dominio de la materia esta fuera de discusión.

Coincidencias

Nos parece adecuado el nombre del capítulo respectivo ya que de esa manera «transmisión» comprendería la cesión mediante el acuerdo de las partes y la sustitución operada por imperio de la ley.

La definición del concepto en el art. 1562 parece ajustada, como así también las denominaciones de las partes y la referencia al contrato transmitido. Solamente le agregaría una

referencia al ámbito de aplicación en el sentido de que la figura funciona únicamente en los contratos bilaterales o con prestaciones recíprocas.

Compartimos también el tenor del art. 1563 en cuanto refiere a los efectos del contrato de cesión; del art. 1566 sobre la responsabilidad del cedente frente al cesionario y del art. 1567 acerca de las defensas que puede oponer el contratante cedido.

Disidencia fundamental

En primer lugar, como principal crítica, estimamos inadecuada la solución dada sobre la cuestión relativa a *la liberación del cedente*.

En efecto, comenzando por el Código Civil italiano, que a nuestro entender ha sido pionero y certero en la regulación de la institución de que se trata, las legislaciones que se han ocupado del tema o nada han dicho sobre el particular (C. Civil de Portugal); o liberan al cedente, en algunos casos a través de una manifestación expresa de voluntad en contrario, exteriorizada a través de reserva efectuada al momento de consentir la cesión (C. Civil italiano art. 1408, Código de Comercio de Colombia art. 893) o mediante pacto expreso de no liberación (C. Civil de Perú, art. 1437 y C. Civil de Bolivia art. 540).

Pero en ningún caso se ha previsto como regla general la no liberación y como excepción lo contrario.

Y ello tiene sentido porque esta liberación del cedente es, en la mayoría de los casos, uno de los objetivos prioritarios buscados por el instituto.

El Proyecto, en el art. 1564 dispone que el cedente, aún prestando su conformidad, no queda liberado, salvo que así lo admita de manera expresa o que el cesionario le dé garantía de que cumplirá.

No se advierte cómo podría funcionar esta garantía de cumplimiento por parte del cesionario, ya que no se es-

pecifica qué tipo de garantía sería suficiente para ello ni tampoco si es necesaria la conformidad expresa del cedido (a la garantía) para que opere la liberación, lo que pone la cuestión en un cono de sombra.

Es del caso señalar que el Proyecto se ha apartado en este aspecto del anterior proyecto de unificación elaborado a partir del decreto 468/92, que en su art. 1070 establecía que el cedente quedaba «apartado» de sus derechos y obligaciones, los que eran asumidos por el cesionario, y aún cuando el término utilizado (apartar) nos parece poco feliz, resultaba clara la liberación salvo pacto en contrario.

Desde otra óptica, es de destacar que en los «Fundamentos» o exposición de motivos del proyecto, en el número 253 se hace referencia a que la transmisión de la posición contractual coloca al cesionario en la situación jurídica del cedente en el contrato básico, con asunción de su derechos y facultades, y sus obligaciones y deberes, salvo reserva expresa sobre alguno de ellos, citando el art. 1070 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, con lo que parecería hacer suya esta idea de la liberación del cedente salvo pacto expreso en contrario.

Pero más adelante, en el N° 254 se cambia aparentemente de postura y se señala que la cesión no produce la liberación del cedente por el cumplimiento de las obligaciones resultantes, salvo cuando el cedido admite expresamente esa liberación, citando al respecto el art. 1408 del C. Civil Italiano, cuando en realidad esta norma expresa lo contrario, en el sentido que el cedido podrá accionar contra el cedente solo «si hubiese declarado que no libera al cedente».

Se citan también acá las conclusiones del II Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe del año 1988, como adhiriendo a esta postura acerca de la no liberación del cedente. Pero en realidad las conclusiones fueron emitidas en relación a la normativa vigente (*lege lata*) y cuando se refiere al punto en la legislación a dictarse (*lege ferenda*) no es claro el dictamen de comisión pues se limita a expresar que para que se opere

la cesión de la posición contractual es necesario «el consentimiento del cedido cuando la transmisión es voluntaria, quien podrá prestarla anticipadamente y también *limitarse* a aceptar la sustitución sin liberar al cedente» (sin destacar en el original). Esta «limitación» podría razonablemente interpretarse que está queriendo significar que haga reserva de la no liberación o diga de manera expresa que no lo libera.

En síntesis, al margen de cualquier interpretación diferente que pudiere haber sobre esta última declaración del encuentro de civilistas, nos parece que una de las razones fundamentales que justifican la regulación normativa de la transmisión de la posición contractual es precisamente la conveniencia de liberar al cedente, salvo reserva o manifestación expresa en contrario del cedido, en el momento de aceptar o dar su conformidad a tal sustitución.

Otras observaciones secundarias

- a) No parece adecuada la ubicación del tema dado por el Proyecto, pues queda dentro del Título III, que corresponde a los contratos en particular, siendo que se trata de una institución que comprende a la mayoría de los contratos con prestaciones recíprocas, vale decir a una amplísima gama de contratos, lo que justificaría la ubicación del Capítulo dentro del Título II, correspondiente a los contratos en general. Cabría incluirlo a continuación del Capítulo XII, que trata de la extinción, modificación y adecuación del contrato, puesto que se refiere precisamente a una modificación subjetiva del contrato.
- b) El art. 1565 lleva por título «Responsabilidad del cedente frente al cesionario», cuando en realidad se está refiriendo a la responsabilidad del cedente frente al *cedido*. Estimo que se trata de un error de imprenta.
- c) En el inciso c) hace referencia a que el cedente responde ante el cedido como un fiador simple, sin ac-

ción de regreso contra éste, cuando en realidad la eventual acción de regreso sería contra el afianzado que sería el cesionario.

- d) El último aspecto que ha merecido alguna observación de nuestra parte es lo relativo a la conformidad del cedido.

Esta conformidad del cedido, en la transmisión de la posición contractual no es una mera notificación ni un mero asentimiento, sino que reviste la jerarquía de consentimiento puesto que se sustituye la persona de uno de los contratantes, con todo lo que ello significa, habida cuenta que existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

Esta circunstancia torna aconsejable que ese consentimiento se preste de manera expresa en todos los casos, pudiendo sí, ser anterior, simultáneo o posterior a la cesión.

Por ello no compartimos la norma contenida en el art. 1564 en cuanto exime de tal conformidad a las hipótesis de: a) contratos de ejecución instantánea conteniendo obligaciones que no requieran la prestación personal del cedido; b) contratos de duración aceptando el cedido la prestación ofrecida por el cesionario.

Sí creemos perfectamente posible la transmisión sin conformidad en los casos de contratos celebrados mediante instrumento que contiene todos los elementos particulares y es transmisible manualmente o por endoso.

En relación a los casos señalados como a) y b) en los fundamentos o exposición de motivos se cita como fuente al C. de Comercio de Colombia.

Es del caso que este cuerpo legal, en su art. 887 prevé la posibilidad de que se sustituya una de las partes por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato, sin necesidad de aceptación *expresa* del contratante cedido, en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva. Vale decir que admite en estos casos la aceptación tácita.

Pero en el segundo párrafo del art. 887, cuando se refiere a los contratos de ejecución instantánea, menciona que será necesario en estos casos la aceptación del contratante cedido.

En otras palabras, el Código de Comercio para los contratos en los contratos de ejecución instantánea requiere la aceptación expresa del contratante cedido. De esta manera, la fuente citada no coincide con la solución dada.

A modo de conclusión sobre esta cuestión nos parece que, atento la trascendencia del negocio, puesto que cambia la persona del cocontratante, es conveniente se requiera, salvo en las hipótesis de aquéllos contratos que consten en instrumentos transmisibles mediante endoso o manualmente, la conformidad expresa del cedido.

Corresponderá analizar en algunos casos particulares si, por la intrascendencia de la persona que debe cumplir la prestación, una negativa infundada e injustificable pueda constituir un abuso de derecho y por ello declararse la innecesariedad de su conformidad. Pero naturalmente que esto será por vía de excepción.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal y REPETTI, Enrique Joaquín, *La cesión del contrato*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Omeba, 1962.
- ANDREOLI, M., *La cesión del contrato*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1956.
- ANTUNES VARELA, Joao de Matos, *Das Obrigações em geral*, 5ª edición, Coimbra, Ed. Almedina, 1992.
- APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*. Parte general, Buenos Aires, Hammurabi, 1997.
- ARGERI, Saúl A., «Transferencia (cesión) de contrato mercantil con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento», *La Ley*, T. 1979-A, p. 862.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles*, 3ª edición, Medellín, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 1989.
- ATIYAH, P.S., *An introduction to the Law of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- AYNES, Laurent, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Ed. Economica, Collection Droit Civil, 1984.
- BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias*, Comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Astrea, 1982.
- BELTRÁN DE HEREDIA, José, prólogo a la obra de Manuel García Amigo, *La cesión de contratos en el derecho español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964.

- BLACK'S LAW DICTIONARY, 6^a edición, West Publishing C. St. Paul, Minn. 1990.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino*, Contratos, Buenos Aires, Perrot, 1979.
- CARRESI, Franco, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, «Il contratto», Milán, Ed. Dott. A. Giuffré, 1987.
- CHESHIRE, Geoffrey - FIFOOT, Cecil, *Law of Contract*, ninth edition, M.P. Furmston, London, Ed. Butterworths, 1976.
- COMELLAS, Enrique, «Mercosur: la difícil tarea de seducir a un gigante», diario «La Nación», 18 de mayo de 1997.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., «Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas», *La Ley*, T. 1990-D. p. 327.
- DE ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Direito das Obrigações*, 6^a edicao, Coimbra, Livraria Almedina, 1994.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos S.A., 1979.
- DIEZ PICAZO, Luis, *La representación en el derecho privado*, Madrid, Civitas S.A., 1979.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Mercosur. Generador de una fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalía. 1997.
- ECO, Humberto, *Cómo se hace una tesis*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- EMANUEL, Steven y KNOWLES, Steven. Ed. *Emanuel Law Outlines*. Ed. 1993-1994. New York, 1993.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho comercial y económico*. «Contratos», Buenos Aires, Astrea, 1994.
- FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino*, Parte General. Buenos Aires, Zavalía, 1991.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, *La cesión de contratos en el derecho español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964.
- GARRIDO, Roque Fortunato - ZAGO, Jorge Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1995.

- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*, «Partes general y especial. Figuras contractuales modernas», Buenos Aires, Astrea, 1992.
- GHESTIN, Jacques. *Traite de Droit Civil. Les effets du contrat*. 2ª edición, L.G.D.J. Cahors, 1994.
- GUY, Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, 3ª Ed., Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1995.
- HALPERÍN, Nicolás, «Cesión de derechos emergentes de contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento». L.L. T. 1977-C- p. 177.
- LAPA, Eduardo L. «Transferencia del boleto de compraventa de inmuebles por el martillero y corredor». La Ley, T. 1981-D. pág. 1372.
- LEPRI, Alberto. *La forma della cessione del contratto*, Padova, Ed. CEDAM, 1993.
- LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de derecho civil argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1977.
- LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Atilio A., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, 3ª Edición, Buenos Aires, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1984.
- MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, Francois. *Lecons de Droit Civil*. T. II, premier volume, *Obligations. Théorie générale*. 8ª edición par Francois Chabas, Paris, Ed. Montchrestien-EJA, 1991.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1952.
- MIRABELLI, Giuseppe, *Commentario del Codice Civile*. «Delle Obligazioni. Dei contratti in generale», terza edizione, Torino, Ed. UTET, 1980.
- MONTES, Angel Cristóbal, *La cesión de contrato en el derecho venezolano*. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. N° 56. Caracas, 1967.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La cesión del contrato*. Boletín del Instituto de Derecho Civil de Santa Fe, N° 3, 1961.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Obligaciones y Contratos Mercantiles*, Bogotá, Temis, 1990.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Tratatto de Diritto Civile*. «Contratti in Generale», terza edizione, Como, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi. 1977.
- SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- STIGLITZ, Rubén S., *Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., «La cesión del contrato» en el Segundo Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe, La Ley, T. 1988-E. pág. 884.

ÍNDICE

1. Introducción	9
Ubicación del tema	9
2. Denominación	13
3. Concepto y utilidad de la figura	17
3.1. El contrato como herramienta que permite la duración de las relaciones jurídicas. Auge de los contratos sucesivos o de duración	19
3.2. La cesión de contrato asegura la estabilidad de los contratos de duración	20
3.3. La cesión de contrato permite la supervivencia del contrato	22
4. Definición	23
4.1. Nuestra definición	25
5. Evolución histórica	27
6. Distintas posturas de la doctrina con relación a la admisión de la figura de la cesión de posición contractual	38
6.1. Tesis negativa	38
6.2. Tesis positiva	41
7. Sistematización de las distintas posturas que con relación de la cesión de posición contractual presentan los diversos ordenamientos jurídicos	43
7.1. Sistema de regulación expresa de la institución	43

7.2. Sistema de admisión indirecta o implícita de la cesión	44
7.3. Sistema de admisión discutible	45
8. Distintas teorías en cuanto a la naturaleza jurídica del negocio que da lugar a la transmisión de la posición contractual.....	49
8.1. Teoría atomística	51
8.2. Teoría unitaria	54
8.3. Teorías intermedias	56
9. Distinción con otras figuras afines	61
9.1. Con la cesión solamente de los elementos activos del contrato	61
9.2. Con la cesión solamente de los elementos pasivos del contrato	64
9.3. Con el doble negocio de cesión de crédito y asunción de deuda	66
9.4. Con la novación	66
9.5. Con el subcontrato	68
9.6. Con la sustitución de la posición contractual derivada de la ley	72
9.7. Con la «adhesión al contrato»	73
10. Estructura de la cesión de posición contractual	75
10.1. Ambito de aplicación	76
10.1.1. Sustitución de la posición contractual por imperio de la ley	80
10.2. Las partes	82
10.3. La capacidad	88
10.4. Formación del consentimiento	89
10.4.1. Consentimiento simultáneo	92
10.4.2. Formación progresiva	92
10.4.2.1. Consentimiento previo	92
10.4.2.2. Consentimiento posterior	93
10.5. La forma	94
10.6. Los efectos	96
10.6.1. La relación entre cedente y cedido	97
10.6.2. La relación entre cesionario y cedido	99

10.6.3. La relación entre cedente y cesionario	100
11. La cesión de posición contractual en el derecho argentino	103
11.1. La legislación vigente	104
11.1.1. Lo que ya está legislado en el Código Civil	104
11.1.2. Lo que ya está legislado fuera del Código Civil	109
11.2. La doctrina nacional sobre la cuestión	110
11.2.1. El Segundo Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe del año 1988	113
11.3. La jurisprudencia	117
12. Principales cuestiones a tener en cuenta al momento de proponer la regulación de la cesión de la posición contractual	119
13. La regulación de la cesión de posición contractual y el Mercosur	121
13.1. Medios de integración	123
13.2. Caracteres del derecho comunitario	124
13.3. La armonización de las legislaciones como meta inmediata a alcanzar por los países integrantes del Mercosur	124
14. Conveniencia de legislar específicamente sobre la cesión convencional de posición contractual	129
14.1. La conveniencia de ampliar la legislación vigente	129
15. Ubicación de las normas que regulen la cuestión	131
16. El contenido de las normas reguladoras de la cesión convencional de posición contractual	133
16.1. Noción y ámbito de aplicación	133
16.2. La forma	136
16.3. El consentimiento del contratante cedido	139
16.3.1. Necesidad de consentimiento del cedido	139
16.3.2. Oportunidad de prestar el consentimiento	142
16.3.2.1. Consentimiento anticipado	143
16.3.2.2. Consentimiento simultáneo	145
16.3.2.3. Consentimiento posterior	146

16.4. Los efectos	147
16.4.1. Lo que debe legislarse en lo relativo a los efectos entre cedente y cedido	148
16.4.1.1. La liberación del cedente	148
16.4.2. Lo que debe legislarse en lo relativo a los efectos entre cedido y cesionario	152
16.4.2.1. La cuestión relativa a las excepciones que pueden oponerse entre cedido y cesionario	152
16.4.2.2. La cuestión atinente a los derechos potestativos	155
16.4.3. Lo que debe legislarse en lo relativo a los efectos entre cedente y cesionario	160
16.4.3.1. La situación de los garantes	163
17. La propuesta	165
17.1. La conveniencia de legislar sobre la cesión de posición contractual	165
17.2. Ubicación de las normas	166
17.3. Contenido de las normas	166
 Addenda	 169
 Bibliografía	 177

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511
en el mes de julio de 2000

