

Pre-print: Nuria Marchal Escalona en **AA VV** *Derecho contractual comparado, comparado (Una perspectiva europea y transnacional)*, (S.A. Sánchez Lorenzo), 3 edición, t. II, Civitas, Madrid, 2016, pp. 501-532.

LA CESIÓN DEL CONTRATO

NURIA MARCHAL ESCALONA (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. II. LA CESIÓN DEL CONTRATO EN DERECHO COMPARADO. III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CESIÓN. 1. *CONSENTIMIENTO DEL CONTRATANTE CEDIDO*. 2. *RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CESIÓN*. IV. EFECTOS DE LA CESIÓN DEL CONTRATO. 1. *INTRODUCCIÓN*. 2. *EFECTOS ENTRE EL CONTRATANTE CEDENTE Y EL CEDIDO*. 3. *EFECTOS ENTRE EL CONTRATANTE CEDENTE Y EL CESIONARIO*. 4. *EFECTOS ENTRE EL CESIONARIO Y EL CONTRATANTE CEDIDO*. 5. *SOBRE EL DERECHO DE COMPENSACIÓN Y LAS GARANTÍAS*. V. CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción y delimitación del objeto de estudio

1. Con carácter general por cesión del contrato se entiende aquel fenómeno que tiene su origen en un convenio o contrato entre una parte, llamada cedente, y otra, denominada cesionario, en cuya virtud esta pasa a ocupar el lugar de aquella en la primitiva relación contractual¹. Se trata de una institución que permite la transmisión íntegra de la relación contractual, ya que a través de la misma se transfiere tanto los derechos como las obligaciones, sin que ello suponga modificación alguna de los pactos y de las condiciones acordadas en el contrato cedido², que, en todo caso, mantienen toda su validez y vigencia. La cesión del contrato implica, por tanto, la sustitución de una de las partes en el contrato –acreedor o deudor– por un tercero que entra en su lugar con todos los derechos y obligaciones que el cedente ostenta frente al cedido.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada (España).

¹ Vid. M. GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 83; A. CRISTÓBAL MONTES, “La cesión de contratos”, *ADC*, 1968, p. 857; L. VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1955; M. ANDREOLI, *La cesión del contrato*, Madrid, Revista de Derecho privado, , 1956, pp. 1-5; R. CICALA, *Cessione del Contrato*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. 6, Milán, Giuffré, 1960, p. 880; R. NICOLO, *L’adempimento dll’obbligo altrui*, Milán, Giuffré, 1939, pp. 290 ss; S. PULEO, *La cessione del contratto*, 1939, Milán, Giuffré, p. 69; J. GESTIN, *Les effets du contrat*, 3ª ed., Bruselas/París L.G.D.J., 2001, p. 1122; CH. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Estrasburgo, 1950, p. 9; I. GALVAO-TELES, “La cession de contrat”, *Rev.int.dr.com.*, 1951, vol. 3, nº 2, Avril-juin, 1951, pp. 217-237 en esp. 231 ss; J. J. FORNER DELAYGUA, *La cesión del contrato*, Barcelona, Bosch, 1989, pp. 3-7.

² E. SABATER BAYLE, “Notas sobre la cesión de contrato”, en AA Vv., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, (A. Cabanillas Sánchez Coord.), t. II, *Derecho de Obligaciones*, 1ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 2977-2990.

2. Esta institución no puede confundirse y debe diferenciarse de la cesión impropia³ y de aquellas otras en las que interviene un tercero, como así sucede en la cesión de créditos⁴, la asunción de deudas⁵, la novación subjetiva⁶, el contrato a favor de tercero⁷ o por persona a designar⁸ y el subcontrato⁹. No obstante, también es cierto

³ En esta figura se cede solo el derecho de crédito y se delega el cumplimiento de las prestaciones. El cesionario tiene delegadas todas las obligaciones derivadas del contrato, así como asignados todos los derechos de crédito, pero no es parte de la nueva relación jurídica por cuanto en la cesión dual no necesariamente se transfiere al cesionario otros efectos de la relación contractual (J. OTIS RODNER, "Cesión del contrato y los Principios Unidroit", en AA VV. *Homenaje a José Melich Orsini*, Caracas, ACPS Serie Eventos, n° 29, 2012, pp. 228-229).

⁴ Donde lo que se transfiere es la titularidad activa de la relación obligatoria permaneciendo inalterable la pasiva (M. REQUEJO ISIDRO, *La cesión de créditos en el comercio internacional*, De conflictu Legum. Estudios de Derecho internación al privado, Universidad de Santiago de Compostela, 2002); mientras que en la cesión del contrato, por el contrario, lo que se transmite es la posición completa de una de las partes. Además, mientras que la cesión de créditos se refiere a cualquier clase de créditos cualquiera que sea su fuente (contratos o actos ilícitos), la del contrato solo se aplica a las relaciones contractuales (G. FIGUEROA YAÑEZ, *La cesión del contrato y la asunción de deudas*, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 50).

⁵ En la asunción de deudas sucede al contrario de lo que ocurre en la cesión de créditos. Lo que se transfiere es la titularidad pasiva de la relación y su campo de aplicación comprende todo el derecho de obligaciones; mientras que el de la cesión del contrato abarca solo las relaciones contractuales [A. ESPINELLA MENÉNDEZ, "La asunción de deudas", en AA VV., *Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional* (S. Sánchez Lorenzo, Dir.), 2ª ed., Madrid, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2009, pp. 1201- 1248; M. A. ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho civil*, Granada, Comares, 1996].

⁶ Tampoco debe confundirse la cesión del contrato con la novación, que supone la sustitución de uno de los titulares en la relación obligatoria por uno nuevo, sea en la posición activa o pasiva, acompañada de la extinción de dicha relación y del nacimiento de una nueva (*vid.* E. MUÑIZ ESPADA, *Revisión crítica de la figura de la novación*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2011); mientras que en la cesión la relación contractual originaria se mantiene inalterable, pese al cambio de titularidad.

⁷ No debe existir dificultad alguna para distinguir la cesión del contrato del contrato a favor de tercero, puesto que el cesionario entra en la relación contractual, mientras que el beneficiador de la estipulación, a pesar de ser destinatario directo de una estipulación, nunca es parte en la relación estipulante/promitente, tal como su nombre indica [P. JIMÉNEZ BLANCO, "El contrato a favor de tercero", en AA VV., *Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional* (S. Sánchez Lorenzo, Dir.), 2ª ed., Madrid, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2009, pp. 5531-567]. Aunque, en algunos supuestos, por ejemplo, en materia de seguros, la distinción puede presentar dificultades (S. FREDERICQ, "La transmission des obligations en droit des assurances", en AA VV., *La transmission de obligations*, IX Journées Jean Dabin, Bruselas/París, L.G.D.J., 1980, pp. 342-367).

⁸ Y es que los contratantes con frecuencia incluyen contratos con la cláusula «por persona a designar», *–emptio pro amico eligendo–*. En él las partes (estipulante/promitente) estipulan la posibilidad de nombrar como parte contratante a otra persona que viene a ocupar el lugar

que en la práctica comercial internacional es difícil establecer dónde está la línea divisoria entre estas instituciones, como así ocurre, por ejemplo, con la cesión de créditos, el contrato por persona a designar¹⁰ y el subcontrato¹¹. Aunque, también, es cierto que dicha confusión, en ocasiones, viene motivada por los propios contratantes que no expresan de forma clara y precisa cuál es su real y auténtica voluntad en el contrato. Así sucede, por ejemplo, cuando en el contrato se incluye una cláusula de cesión. Hay ocasiones en las que resulta difícil determinar si esta cláusula comprende la cesión de créditos y la del contrato, si se refiere solo a la de los derechos o solo a la cesión del contrato. Por lo que, para evitar cualquier problema de interpretación lo

correspondiente al estipulante (L. SERRANO AGUSTÍN, *El contrato por persona para designar y la cláusula de reserva de nombrar*, Madrid, Dikynson, 2011).

⁹ Pues la finalidad entre ambas instituciones es la misma, y en ambos supuestos se precisa de un contrato inicial y anterior, por lo que pueden existir serias dificultades a la hora de diferenciarlas. Aunque, también es cierto que entre ambas existen importantes diferencias. Así, mientras que en el subcontrato se crea un nuevo contrato distinto del original, en la cesión del contrato se busca que un tercero entre en el contrato básico, ocupando la posición de parte. De la misma manera, mientras que en la cesión de contratos el cedente contrata con el tercero su salida de la relación jurídica de la que formaba parte y sale de la relación contractual; en el subcontrato el subcontratante no deja de ser parte de la relación contractual inicial a pesar del nuevo contrato. En él nacen nuevos derechos y aparece un nuevo contrato que convive con el anterior, mientras que en la cesión de contratos no sucede así (J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 11). Para L. AYNÉS, en la cesión del contrato hay una transmisión de la posición de contratante y en el subcontrato una explotación de la posición (*id.*, *La cession de contrat et les opérations juridiques á trois personnes*, París, Económica, 1984, p. 108).

¹⁰ No obstante, se puede decir que el elemento característico y que diferencia a esta figura de la cesión de contrato es que en aquel el tercero ocupa el lugar del estipulante con efectos *ex tunc* –retroactivos– y, por tanto, el designado adquirirá tanto los derechos como los deberes que correspondían al estipulante, como si hubiese sido parte contratante desde el momento desde que se celebró el contrato (M. SÁNCHEZ GARCÍA, “La cesión del contrato en Colombia: una aproximación desde el Derecho Comparado”, en <http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/18/25>, pp. 79-101 en esp. pp. 81-83, L. AYNES, *op.cit.*, p. 125; J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 14). Aquí, no hay cedente ni cesionario porque no hay negocio de cesión. El que sustituye al estipulante es considerado a todos los efectos como primitivo contratante. Si no se realiza la elección, el contrato continúa produciendo sus efectos de modo definitivo entre promitente y estipulante.

¹¹ Así, se evidenció, por ejemplo, en la Sent. del T.S. de 20 de marzo de 1985 donde el T.S. recurrió a la doctrina de la cesión del contrato, sin distinguirla de la del subcontrato con suficiente nitidez, en un caso de cesión parcial. De la misma manera, cabe citar el supuesto en el que una señora llevó a un peletero una piel para que la limpiara y este al no poder hacerlo le indicó que se la entregaría a un especialista, pero antes de ello un empleado de la empresa robó el abrigo. Aunque, se partió de la base de que hubo subcontrato, la opinión de *Lord Diplock L.J.* se acercó a la idea de que el peletero se limitó a ceder el contrato expuesto *cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 13 en esp. nota núm. 20.

recomendable es que las partes redacten de forma clara y expresa cuál es su voluntad a tales efectos¹².

3. La cesión del contrato no ha sido siempre una figura bien vista ni en el ámbito interno ni en el internacional. En el ámbito interno y, en concreto, en los sistemas romano-germanistas esta reticencia se debe a la vigencia en dichos Estados del “principio de relatividad del contrato” (arts. 1.257.1º y 1.091 Cc español), en cuya virtud un tercero no podía adquirir los derechos y ejercitar las acciones de un contrato del que no fuera parte¹³. Desde los tiempos justinianos hasta tiempos no muy remotos ha tenido gran resonancia la máxima recogida en el Codex de Justiniano que subrayaba el hecho de que el contrato era “*res inter alios acta aliis neque prodest neque nocere potest*”¹⁴. Posteriormente, con la despersonalización del vínculo obligatorio y la aparición y el desarrollo de la novación es aceptado el cambio de sujetos tanto en la parte activa como en la pasiva¹⁵ y, en consecuencia, al admitirse la primera debía admitirse la segunda¹⁶. De hecho, fue a mediados del siglo XIX cuando un poderoso sector doctrinal alemán se pronunció en pro de la igualdad jurídica entre la cesión de crédito y la asunción de deuda. Dicha aceptación doctrinal pasó a ser plasmada en algunos Códigos civiles (*ad ex.* italiano y portugués), que recogieron expresamente la figura de la cesión del contrato en sus respectivos ordenamientos jurídicos, y aquellos que no regulan expresamente dicha posibilidad la han ido admitiendo vía doctrinal y/o judicial, como así ha ocurrido en Derecho español.

Por su parte, el recelo de los países del *common law* hacia esta institución tiene su origen en la doctrina del *privity of contract*¹⁷; doctrina que ha ido evolucionado y

¹² M. FONTAINE, “Cláusulas de cesión”, *La redacción de contratos internacionales: análisis de cláusulas*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2013, p. 591.

¹³ Dicho principio se recogió en la mayoría de los Códigos del siglo XIX. Sobre el mismo extensamente J. L. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en Derecho español*, Madrid, ed. Constitución y Leyes, 2000; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)*, New York, Oxford University Press, 1996, pp. 34-45.

¹⁴ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. III, 16 ed., Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 116.

¹⁵ N. TORGA HERNÁNDEZ, “Primer acercamiento a la figura de cesión de contratos”, p. 1 en <http://www.monografias.com/trabajos31/cesion-de-contratos/cesion-de-contratos/.shtml>

¹⁶ A. CRISTÓBAL MONTES, *loc.cit.*, p. 852.

¹⁷ Y es que según la concepción liberal del contrato en el Derecho inglés, en consonancia con las implicaciones de la *consideration*, el contrato solo puede implicar derechos y obligaciones para las partes, nunca para un tercero [S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “El Derecho contractual inglés”, en AA Vv., *Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional (S. Sánchez Lorenzo, Dir.)*, 2ª ed., Madrid, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2009, p. 174; *id.*, *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nell common law inglese*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2005; E. PEEL, *Treitel: The Law of Contract*, 12ª ed., London, Thomson. Sweet & Maxwell, 2007, p. 616; G. CRIS, *Il contratto nel*

admitiendo excepciones, hasta aceptar la transferencia de los derechos que genera un contrato a un tercero ajeno al mismo¹⁸, como así ha ocurrido en el Derecho inglés¹⁹, el indio²⁰, el ugandés²¹, el israelí²², así como en Singapur²³ y en los países caribeños seguidores de este sistema²⁴. Para estos países, la transferencia del contrato puede llevarse a cabo bien a través de la *novation* (*Miller's case*²⁵)²⁶ o bien la delegación²⁷, dependiendo de cuál sea la voluntad de las partes²⁸. Mención especial merece el

diritto inglese, Padova, Cedam, 1990, p. 364.]. Aunque, también, es cierto que, en el ámbito del common Law hay países, como Escocia, que nunca reconoció la doctrina del *privity of contract* (K. REID, R. ZIMMERMANN, *A History of Private Law in Scotland*, Vol. II, New York, Oxford University Press, 2000, p. 220).

¹⁸ J. KIRBY, "Assignments and Transfers of Contractual Duties: Integrating Theory and Practice", *VUWLR*, p. 319; M. P. FURMSTON, "The Assignment of Contractual Burdens", *Journal of Contract Law*, vol. 13, 1998, p. 42.

¹⁹ AA Vv., *Privity of Contract*, (R. Merking ed.), 2000, Londres-Hong Kong, LLP Reference Publishing, 2000, pp. 39 ss.

²⁰ N. BHADHBADE, *Contract Law in India*, 2ªed., The Netherlands, Wolters Kluwer, Law & Business, 2012, pp. 170-173.

²¹ D. J. BAKIBINGA, *Law of Contract in Uganda*, Kampala, Fountain Publishers, 2001, pp. 106-112.

²² País donde expresamente se reconoce a un tercero como beneficiario de un contrato en el que no ha participado (G. SHALEV, L. LERER, *Contract Law in Israel*, Wolters Kluwer, The Netherlands, Law & Business, 2014, pp. 94-98).

²³ A. B. L. P. GOH YIHAN, *Contract Law in Singapore*, Wolters Kluwer, The Netherlands Law & Business, 2012, pp. 571-573.

²⁴ G. KODILINYE, M. KODILINYE, *Commonwealth Caribbean Contract Law*, London/New York Routledge, 2014, pp. 215-222.

²⁵ (1876) 3 Ch.D.391; cf. *Société Commerciale de Réassurance v ERAS International Ltd* (1992) 1 Lloyd's Rep. 570 at 596.

²⁶ Vid. G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1983, 46341; AA Vv., *Chitty on Contracts, General Principles*, 25 th ed., London, 1983 (46357) §§ 1313 y ss, que opta por la naturaleza causal de la novación: "It should however be noted that the effect of a novation is not to assign or transfer a liability, but rather to extinguish the original contract and replace it by another. It is therefore necessary that consideration should be providing for the new contract". Sobre la necesidad e importancia de diferenciar la *novation* del *assignment*, vid. *el caso Kakara Estate Ltd v Savvy Vineyards 3552 Ltd* [2013] NZCA 101.

²⁷ J. KIRBY, *loc.cit.*, pp. 326-327.

²⁸ M. P. FURMSTON, *loc.cit.*, p. 42.

Derecho estadounidense, donde la jurisprudencia acepta, sin problemas, el principio de que los contratos se pueden ceder, salvo convenio en contrario²⁹.

4. La cesión del contrato tampoco ha sido bien vista en el ámbito internacional³⁰. No obstante, el traspaso contractual ha adquirido, sin duda alguna, un papel protagonista en el comercio internacional en los últimos tiempos, y especialmente, en aquellos contratos de larga duración (licencia de uso de marcas y patentes, contratos de obras complejas, contratos de concesión, de *buy-back* y en los grandes empréstitos, donde esta figura se considera recomendable)³¹. De hecho, en la práctica comercial podemos encontrarnos cláusulas contractuales que admiten la cesión del contrato. Dicha posibilidad suele articularse, normalmente, mediante cláusulas bilaterales, permitiendo a ambas partes la posibilidad de transferir el contrato³². Aunque, en ocasiones, y a propuesta de la parte que goza de la posición más fuerte, podemos encontrar cláusulas contractuales que otorgan esta opción solo a dicha parte³³. Es posible asimismo que las partes incluyan cláusulas contractuales prohibiendo o limitando la cesión del contrato³⁴. De hecho, si el contrato es *intuitu personae*, la

²⁹ G. KLASS, *Contract Law in the United States*, Wolters Kluwer, The Netherlands Law & Business, 2012, pp. 161-176.

³⁰ J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, pp. 133-151.

³¹ No obstante, también es cierto que la cesión del contrato es una figura que, por razones obvias, no tiene interés en todos los contratos internacionales. Esta se muestra impracticable en los contratos unilaterales (M. ANDREOLI, *op.cit.*, p. 5). Solo tiene sentido en aquellos contratos que son bilaterales. Y, dentro de estos, solo en aquellos supuestos en los que ninguna de las partes haya cumplido las obligaciones derivadas del contrato (art. 244 Cc senegalés, art. 1.406 Cc italiano, art. 1.435 Cc peruano, art. 1.636 Cc argentino, art. 424 Cc portugués, Ley 513.1ª Compilación de Navarra). De ahí que la cesión del contrato sea una figura que presenta grandes posibilidades en los contratos que generan obligaciones de tracto sucesivo, si bien es cierto que la cesión de créditos puede aplicarse, igualmente, en aquellos contratos que generan obligaciones de tracto único. No obstante, dicho extremo no es unánime en el ámbito doctrinal. Así, mientras que para L. AYNÉS la cesión del contrato solo resulta aplicable a las obligaciones de tracto sucesivo y no aquellas que sean únicas (*id.*, *op.cit.*, p. 145); para J. J. FORNER DELAYGUA, no es necesario limitar el ámbito de la cesión del contrato a los contratos sucesivos (*id.*, *op.cit.*, pp. 73-74).

³² En concreto, estas cláusulas pueden ser simétricas o asimétricas, según trate a las partes de forma similar o no (M. FONTAINE, *op.cit.*, p. 593).

³³ J. M. MOUSSERON, *Tehnique contractuelle*, 2ª ed., París, Lefebrevem, 1999, p. 230; M. FONTAINE, *op.cit.*, p. 595.

³⁴ Dicha cláusula contractual puede ser general o estar limitada a cierto territorio (J. M. MOUSSERON, *op.cit.*, pp. 226-227). En la práctica comercial, estas son cláusulas que pueden lugar a ciertos problemas, sobre todo, en aquellos casos en los que una de las partes insiste en la cesión, mientras que la otra invoca la prohibición, por lo que no son recomendables por ser inflexibles y dar lugar a litigios entre las partes (M. FONTAINE, *op.cit.*, p. 596). También es posible que las partes prohíban la cesión del contrato en su conjunto, sin perjuicio de que tuvieran disponibilidad total para disponer de sus derechos en él. Sirva de ejemplo el incluido

cláusula contractual indicada en este ámbito, aunque, no es necesaria, debe ser de incredibilidad. Si bien es cierto, que dicha prohibición no impide una validación de esta por un consentimiento posterior con la contraparte, dado que los contratos no quedan fosilizados en el tiempo y pueden modificarse por la voluntad de las partes. Con todo, las partes han de extremar la redacción a la hora de elaborar este tipo de cláusulas. Estas han de ser lo más claras y precisas que puedan, para evitar cualquier problema interpretativo³⁵.

5. A la luz de lo expuesto, nuestro objeto de estudio se ceñirá a la cesión convencional del contrato, quedando excluida cualquier figura contractual de Derecho de familia o Derecho de sucesiones, así como también aquellas cesiones de contratos que se explican como una cesión de bloque patrimonial³⁶, como así sucede con la fusión de sociedades³⁷, o aquellas cesiones que se producen por mandato legal (*ex lege*) o judicial³⁸. En concreto, trataremos de determinar cuándo y hasta qué punto si, como hemos visto, la cesión del contrato implica fundamentalmente la intervención de un tercero en las relaciones contractuales pactadas y diseñadas entre las partes originarias de un contrato, este puede adquirir o no todos o parte de los derechos y obligaciones que posee el cedente en el contrato original. Aspectos estos que, como veremos, pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro e, incluso, de la corriente doctrinal que se mantenga dentro del mismo sistema, quedando fuera de nuestro objeto de estudio la nulidad o invalidez del propio contrato de cesión, así como tampoco los aspectos reales derivados del mismo.

II. La cesión del contrato en Derecho comparado

6. El análisis de Derecho comparado evidencia que la cesión del contrato es un fenómeno que ha penetrado y que es unánimemente admitido en los sistemas jurídicos nacionales. No obstante, son pocos los sistemas que han codificado de forma

en los Comentarios a los Principios OHADAC *sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 542 en <http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>.

³⁵ Como así ha sucedido en la jurisprudencia inglesa (*vid.* los casos citados en los Comentarios a los Principios OHADAC..., *cit.*, p. 542) y con la interpretación del § 2.210 (4) UCC y § 322 (1) del *Restatement*, donde se establece que, salvo que se deduzca otra conclusión de las circunstancias del caso, las cláusulas contractuales prohibiendo la cesión del contrato solo prohíben la cesión del cumplimiento de una obligación.

³⁶ Esta misma restricción opera en los textos internacionales armonizadores, como así sucede en los Principios UNITROIT (art. 9.3.2), el DCFR (art. III-5:301) y los Principios OHADAC (art. 8.3.2.1.2), salvo en los PDCE, donde nada dispone al respecto.

³⁷ K. H. NEUMAYER, "La transmission des obligations en droit comparé", en AA Vv., *La transmission de obligations*, IX Journées Jean Dabin, Bruselas/París, L.G.D.J., 1980, p. 272; J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 8.

³⁸ Así, por ejemplo, sucede en el Derecho francés en el marco de procesos de insolvencia (*vid.* M. FONTAINE, *op.cit.*, p. 58 en esp. nota pp. núm. 21).

expresa esta figura (arts. 1.406-1.410 Cc italiano, arts. 424–427 Cc portugués, art. 6.2.4.14 Cc holandés y suranimés, art. 244 Cc Senegalés, Ley 513 del Fuero Nuevo de Navarra³⁹, art. 1.435 Cc peruano, art. 1.636 del Código Civil y comercial argentino, art. 88 de la Ley de Contratos de la República China⁴⁰, art. 1.216 de la *Ordonnance* n° 2016-131 du février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, por la que se reforma ciertas disposiciones del Código civil francés⁴¹, arts. 1.315-1.320 del nuevo Cc rumano⁴²); mientras que en otros ordenamientos la cesión del contrato solo cuenta con reconocimiento legal para supuestos específicos, como así sucede, por ejemplo, en España, donde expresamente se admite en el art. 32 de la Ley 29/1194, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos⁴³ y el art. 23 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre de 2003, de arrendamientos rústicos⁴⁴. Mención especial merece el Derecho colombiano que solo regula y admite la cesión del contrato en el ámbito mercantil (art. 887 Cco)⁴⁵.

7. En los sistemas jurídicos en los que se regula de forma expresa la cesión del contrato podemos comprobar que esta no solo no es exhaustiva, sino que difiere de un país a otro⁴⁶. Las diferencias que concurren en torno al concepto y objeto de la cesión del contrato no agotan las posiciones existentes entre los diferentes ordenamientos a

³⁹ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La cesión de contrato en el nuevo fuero”, en RJ_15_I_11%20(1).pdf, pp. 169-181.

⁴⁰ Esta norma, según la doctrina china, se refiere a una transferencia total del contrato, si bien es cierto que la cesión del contrato se rige por una disposición distinta de la cesión de crédito y la delegación de crédito. Sin embargo, los efectos que se originan de la cesión del contrato entre el cedente y el cesionario y el cedente y el contratante cedido, se rigen por las mismas disposiciones contenidas en la Ley del Contratos para la cesión de créditos y la delegación (M. ZHANG, *Chinese contract Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 254).

⁴¹ *Journal Officiel de la République Française* de 11 de febrero de 2016.

⁴² M. BOJINCĂ, “Contract of Assignment in the Current Regulation of Romanian Civil Code”, *Recent Researches in Law Science and Finances*, 2013, pp. 236-241 en <http://www.wseas.us/e-library/conferences/2013/Chania/ICFA/ICFA-35.pdf>.

⁴³ *BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1994.

⁴⁴ *BOE* núm. 284, de 27 de noviembre de 2003.

⁴⁵ M. SÁNCHEZ GARCÍA, *loc.cit.*, pp. 80-81.

⁴⁶ Así, mientras que hay ordenamientos que establecen que el objeto de la cesión son las relaciones derivadas del contrato (art. 1.406 Cc italiano); otros consideran que lo que se cede es el propio contrato (Ley 513 del Fuero Nuevo de Navarra), la posición contractual (art. 424 Cc portugués, art. 1.435 Cc peruano y art. 1.636 Cc y comercial argentino), la relación jurídica (6.5.1.9 Cc holandés y suranimés) o la cualidad de parte (art. 1.216 de la *Ordonnance* n° 2016-131). Frente aquellos otros que consideran que la cesión implica la sustitución de la parte por un tercero (art. 887 Cco colombiano).

nivel material. Por el contrario, aparecen otras que afectan a los requisitos que han de concurrir para su operatividad práctica. Atendiendo a este criterio podríamos diferenciar dos grandes sistemas: los rígidos y los flexibles. Dentro del primer grupo se encuentran los sistemas jurídicos de Derecho continental, especialmente el Código civil italiano (arts. 1.406-1.410), el portugués (arts. 424-427), así como todos los sistemas normativos inspirados en tales normas (*ad ex.* peruano, colombiano, argentino y rumano), además, del art. 1.216 de la *Ordonnance* nº 2016-131, con normas variopintas que definen lo que es la cesión, requieren el consentimiento del contratante cedido para que la cesión sea eficaz, regulan los requisitos de validez del contrato de cesión, así como los efectos de la cesión del contrato. El segundo grupo, por su parte, regulan la cesión del contrato con una mayor flexibilidad y autonomía jurídica. Dentro de este último podemos encontrar sistemas tan dispares como el derecho norteamericano y el colombiano. El primero, basado en la autonomía de la voluntad de las partes, donde, salvo excepciones, existe una presunción favorable a la operatividad práctica de la cesión (§ 2-210. 1º UCC); mientras que en el derecho colombiano se regula de forma más benévola la figura de la cesión del contrato, al no exigir, salvo excepciones, el consentimiento del contratante cedido para que resulte operativa (art. 887 Cco).

En concreto, el estudio de Derecho comparado revela que la viabilidad, así como los requisitos que deben cumplirse para que la cesión del contrato tenga lugar es una cuestión que depende de cada sistema jurídico. Así pues, hay ordenamientos que no solo exigen el consentimiento del cedido como requisito de validez de la cesión, sino que contemplan, además, la forma en la que debe llevarse a cabo la cesión (*ad ex.* Colombia y Francia). A estas hay que añadir otra diferencia, a saber: la relativa a los efectos o relaciones entre las partes que regulan. De hecho, hay sistemas jurídicos que regulan las relaciones existentes entre todas las partes implicadas en la cesión del contrato, es decir, las existentes entre el contratante cedido y el cedente, el cedido y el cesionario y el cedente y el cesionario, como así sucede en derecho italiano (arts. 1.407-1.409 Cc), peruano (art. 1.437-1.439 Cc), argentino (arts. 1.637-1.639 Cc), colombiano (892-896 Cco) y rumano; mientras que otros ordenamientos, como así sucede en el derecho portugués, el senegalés y en el Fuero Nuevo de Navarra, solo regulan alguna de estas relaciones. Estas diferencias deben ser tenidas en cuenta por las particulares a la hora de configurar el régimen legal del contrato (*lex contractus*). Así, por ejemplo, las partes que no deseen que el consentimiento del cedido constituya una condición de eficacia del contrato, deberán incluir una cláusula de elección de ley al Derecho colombiano, pues es el único ordenamiento jurídico que, salvo excepciones, no requiere de la intervención del cedido para su perfección. De la misma manera, en aquellos contratos regulados por el Derecho estadounidense las partes deben extremar toda precaución para redactar de forma clara y sencilla, como hemos apuntado, la cláusula de cesión contractual, a efectos de que no existan ambigüedades y evitar así cualquier problema interpretativo que pudieran surgir sobre la existencia o no de dicha cesión.

8. Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no hay un reconocimiento legal expreso? En tales casos, su admisión ha sido unánime, si bien

es cierto que a través de vías diferentes⁴⁷. Así, en los países que siguen la tradición romano-germanista han sido varias las teorías formuladas por la doctrina y/o jurisprudencia para explicar y justificar la operatividad de esta institución. Esta diversidad se observa, incluso, dentro de un mismo sistema jurídico, resintiéndose con ello el régimen de la figura. En concreto, cabe distinguir, por una parte, los partidarios de la teoría unitaria o “principio de unidad”. Según la cual, la cesión del contrato implica un fenómeno unitario producto de un negocio jurídico⁴⁸. Por otra, está la llamada teoría atomística, la teoría de la descomposición (*Zerlegungskonstruktion*) o “principio de separación, aquella de la que es partidaria la doctrina alemana, según la cual la cesión del contrato se produce mediante la unión de dos negocios jurídicos: la cesión de créditos y la asunción de deudas⁴⁹. Mediante la conjunción de estas dos figuras jurídicas se puede conseguir perfectamente la transferencia de los efectos contractuales que siempre pueden descomponerse en distintos derechos y obligaciones⁵⁰. Frente a estas, está la teoría intermedia, negadora de la institución, para la cual cesión del contrato es la conjugación de una cesión de créditos y de una novación por cambio del deudor⁵¹.

⁴⁷ Sin duda alguna, un tema clave en la explicación de la cesión del contrato lo ha sido el reconocimiento legal o no de la transmisibilidad de la deuda. Así, en aquellos países en los que este paso no se ha franqueado (Francia, Bélgica, España y en los sistemas iberoamericanos inspirados en el sistema romanista), la cesión del contrato se ha sustentado sobre figuras especiales de cesión, y en el principio de la autonomía de la voluntad. Por el contrario, en el derecho alemán, suizo o austríaco, donde la asunción de deuda ha recibido un reconocimiento legal expreso, explican la figura como una combinación entre la transmisión de crédito y de la deuda, aunque ulteriormente se aclare que la cesión del contrato es algo más que la mera transmisión de crédito y de deuda, y, por esta vía, llegan a considerar la cesión como algo unitario y homogéneo (K. H. NEUMAYER, *loc.cit.*, en *op.cit.*, p. 871). En el Derecho escandinavo y en el Derecho danés no existen disposiciones legales generales, pero sí tiene una regulación específica en sede de venta empresa. Las tres partes deben acceder a la cesión, si bien es cierto que hay algunas excepciones al respecto. En sentido similar, se pronuncia el Derecho finlandés y sueco. En el Derecho griego no existe disposición alguna referida a la transmisión del contrato en bloque. No obstante, es admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (AA VV., *Principios de Derecho contractual Europeo. Parte III. Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo. Edición: O. Lando y H. Beale*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 2001-202).

⁴⁸ Concibe la cesión como un acto único de disposición de la relación obligatoria íntegra incluyendo, por tanto, sus derechos, obligaciones, facultades, acciones, excepciones, garantías, y deberes y obligaciones secundarias (P. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Nápoles, 1946, p. 17; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, pp. 318-319).

⁴⁹ Un análisis en profundidad sobre la misma, *vid.* L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, vol. II, Marburg, Recht der Schuldverhältnisse, 1932, § 87, pp. 317-318; H. DEMELIUS, *Vertragsübernahme in Jherings Jahrbücher*, vol. 72, 1922, pp. 241 ss; OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Múnaco-Leipzig, *Schuldrecht*, 1917, vol. III, § 180, pp. 185 ss.

⁵⁰ Para una visión crítica de la misma *vid.*, M. ANDREOLI, *op.cit.*, pp. 34-36.

⁵¹ G. FIGUEROA YAÑEZ, *op.cit.*, p. 55.

La concurrencia de teorías diversas en torno a la admisibilidad de la cesión del contrato no solo supone complicaciones doctrinales, sino también prácticas. Las distintas explicaciones existentes sobre la operatividad de la cesión de contrato se traducen, a su vez, en un régimen diferencial de los efectos de la cesión. Así, sucede, por ejemplo, con los derechos potestativos y correlativos deberes de sujeción o facultades de configuración jurídica (acciones de anulación o de resolución del contrato, etc.). El “principio de separación” no basta para trasladar estas titulares al cesionario, por lo que los partidarios de esta teoría se preocupan de aclarar que estas titularidades deben incluirse como un elemento más en la transmisión⁵². Resulta evidente que el “principio de unidad” resuelve mejor y de forma más simple dicha cuestión. Dicho principio, en tanto que fundamenta su postura en la transmisión en bloque de la posición contractual, es decir, de aquellas relaciones que el contrato cedido creó en su día, se adapta mejor a la funcionalidad económica del negocio jurídico y satisface las necesidades de los operadores jurídicos, pues tiene la ventaja de resolver la transmisión de las titularidades potestativas⁵³.

Desde una perspectiva transnacional, cabe destacar el triunfo de las teorías unitarias y del “principio de unidad” sobre las teorías atomistas partidarias del “principio de separación”. Este modelo ha sido el seguido por los PDCE (art. 12.201), el DCFR (art. III-5:301), los Principios OHADAC (art. 8.3.4) y los Principios UNIDROIT (art. 9.3.1)⁵⁴. Para estos, la cesión de un contrato no es una mera combinación entre la cesión de créditos y la sustitución del deudor, se trata de un negocio uniforme que trasfiere toda la estructura en puridad como algo más que la sola combinación de actos singulares o independientes de transmisión de créditos y deudas⁵⁵. Ello explica y

⁵² J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, pp. 61-62.

⁵³ Es cierto que la construcción de la figura de la cesión como una figura unitaria viene favorecida, sin duda, por el propio reconocimiento legal. De hecho, entre aquellos ordenamientos en los que no existe ese apoyo legal, existen disparidad de criterios, incluso, entre sistemas jurídicos pertenecientes a la misma familia (CH. LAPP, *op.cit.*, p. 47; P. VAN OMMESLAGUE, “La transmission des obligations” en AA VV., *La transmission de obligations*, IX Jorunées Jean Dabin, Bruselas/París, L.G.D.J., 1980, pp. 167 y 170). En España, a falta de regulación positiva en nuestro Derecho, la cesión del contrato ha sido admitida tanto por la jurisprudencia [*Sentencias del T.S. de 12 de julio de 1927, de 1 de julio de 1949 (RJ 1949, 947), de 26 de febrero y 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6933), 23 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4972), 4 de febrero de 1993 (RJ 1993, 825) y 5 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1653)*] como la doctrina española. No obstante, y, aunque, doctrinalmente han convivido en pugna las posturas unitarias (M. GARCÍA AMIGO, *op.cit.*, p. 293) y atomista (L. VALLS TABERNER, *op.cit.*, p. 45) la posición unitaria parece hoy la más extendida (L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II. Las relaciones obligatorias, 6ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 1044).

⁵⁴ No se puede apuntar lo mismo de la Convención de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980, ni del Libro VIII, sobre compraventa mercantil, de la Ley uniforme sobre Derecho comercial general, aprobada en el seno de la OHADA.

⁵⁵ Del mismo modo, el Código Europeo de contratos elaborado por la Academia de Pavía incorporaba un Título IX sobre la cesión de contratos y de relaciones derivadas de este. Sobre

justifica que los textos de armonización contractual sometan el régimen jurídico de la cesión del contrato a las reglas relativas a la cesión de créditos o a la asunción de deudas (art. 12.201.2 PDCE, art. III-5:301.2 DCFR, arts. 9.3.6 y 9.3.7 Principios UNIDROIT y art. 8.3.4 Principios OHADAC). Mención especial cabe realizar en torno a los Principios UNIDROIT (art. 9.3.1) y los Principios OHADAC (art. 8.3.1) que parecen adoptar, según el concepto que ofrecen de la cesión del contrato, la “teoría o el principio dualista”, pues no se refieren a la transferencia de la condición de parte en el contrato (art. 12.201 PDEC) o de la relación contractual (art. III-5:30 DCFR), sino a la transferencia de los derechos y de las obligaciones. No obstante, a pesar del tenor literal, cabe concluir no solo por la ubicación sistemática de tales preceptos, detrás de la cesión de obligaciones y de deudas, sino también por la regulación que hacen de la figura, que la cesión de un contrato sujeta a los Principios UNIDROIT o a los Principios OHADAC constituye una cesión propia que tiene como efecto la sustitución total de la parte, y seguidores, por tanto, del principio o teoría unitaria.

9. En los países del *common law*, la explicación de la cesión del contrato ha tenido una evolución diferente, y su operatividad varía de un ordenamiento jurídico a otro. En Derecho escocés se admite la transmisión de un contrato en su conjunto (*assignment of the contract*⁵⁶). De la misma manera sucede en el Derecho norteamericano, donde se reconoce y se contempla la operatividad de esta institución a partir de ciertas presunciones. La cesión del contrato está, por tanto, permitida, salvo supuestos excepcionales (§ 2- 210 UCC). Así, por ejemplo, no podrá cederse el contrato en aquellos casos en los que las partes hayan contratado teniendo en cuenta la/s cualidad/es de la parte, así como tampoco en aquellos cuando una norma así lo prohíba (*public policy*), como así sucede en el § 2-210 (1) UCC y en el § 317(2) (a) *Restatement (Second) of Contracts*, donde se recogen los casos en los que la cesión no es factible. De hecho, a menos que el lenguaje o las circunstancias indiquen lo contrario, una cesión del contrato constituye una cesión de derechos y deberes [§ 2-210 (4) UCC, § 328 (1) *Restatement of (Second) of Contracts*]. Lo determinante, pues, en el derecho norteamericano para identificar si existe o no una cesión contractual, no es solo la voluntad expresada por las partes en contrato, sino que, además, se podrá estar a determinados parámetros objetivos.

Por el contrario, en el Derecho inglés, el tema se plantea desde otra perspectiva. La doctrina trata esta figura como una cesión del crédito y una novación de la deuda, para la que se requiere el consentimiento del acreedor, según las previsiones del *common Law* y de la *equity*⁵⁷. Ello se debe al principio general vigente en dicho sistema, según el cual las obligaciones contractuales no pueden cederse⁵⁸. Con todo, esta regla no es

este, *vid.* C. DE CORES HELGUERA, G. GANDOLFI, *Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía. De los contratos en general de la compraventa*, (C. Rogel Vide, Coord.), Reus ed., Madrid, España, 2009.

⁵⁶ AA VV., *Principios de Derecho contractual.*, *op.cit.*, p. 200.

⁵⁷ J. J. FORNER DELAYGUA., *op.cit.*, pp. 35-36.

⁵⁸ *Linden Gardens Trust Limite v. Lenesta Sluge D Disposas Limited* (1994) 1 AC 85, 103 (HL). En este mismo sentido *vid.* *Rhone v. Stephens* (1994) a AC 310, 322(HL), *Field v. Fitton* (1988) 1

absoluta y admite excepciones. Así ocurrió, en el caso *Tito v. Waddell (No 2) Megarry V-C*, donde se le reconoció a un cesionario la posibilidad de cumplir ciertas obligaciones, tales como la de realizar ciertos pagos⁵⁹, en virtud del denominado “*pure principle of benefit and burden*”⁶⁰. A tenor del mismo, una persona que obtiene un beneficio en virtud de acuerdo está igualmente obligada a cumplir cualquier carga asociada contenida en él, a pesar de no ser parte en el acuerdo original⁶¹. Un principio que planteaba problemas de conciliación con la máxima “*contractual burdens are not assignable, though contractual benefits are*”⁶². Ello explica que haya sido considerado como una excepción de alcance limitado (*Rhone v. Stephens*⁶³) y, posteriormente, rechazado⁶⁴. Con todo, conviene precisar que, incluso, en aquellos casos en los que este principio se aplica, el cedente permanece ligado a la otra parte contratante⁶⁵.

No obstante, y a pesar del principio que niega la transmisibilidad de las obligaciones, es cierto que en Derecho inglés existen otros medios para realizar dicha transferencia, como así sucede con la delegación⁶⁶ o la novación (*Southway Group Limited v. Wolff*⁶⁷), dependiendo de cuál sea la voluntad de las partes. En Derecho

NZLR 482 (CA), *Isaac construction Company Ltd v. McDonald* (1998) 3 NZ Conv C 192, 707 (CA). Vid. AA VV., *CHITTY ON CONTRACTS. General Principles*, (J. Chitty, A.G. Guest eds.), 27 ed., London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 985.

⁵⁹ [1977] Ch 106.

⁶⁰ Según el cual: “*The fact that an assignment of rights does not in itself impose liability for performance upon the assignee, does not mean that the assignee may enforce the contract if the obligations which it imposes are not performed by either the assignee or the assignor. On the contrary, the assignee takes the rights with all the burdens to which the rights were subject in the hands of the assignor and if he undertakes to enforce the rights by an action, he must show that the conditions have been performance either by his assignor or by himself*”. Sobre este principio, vid. J. DAVIS, “The Principle of Benefit and Burden”, *CLJ*, 1998, p. 522 cit. por J. KIRBY, *loc.cit.*, p. 322; G. H. TREITEL, *op.cit.*, p. 749.

⁶¹ *Elliston v Reacher* (1908) 2 Ch 665 at 669; *Halsall v. Brizell* (1957) Ch 169 at 182; *E R Investment Ltd v High* (1967) 2 Q.B. 379 at 394.

⁶² G. H. TREITEL, *op.cit.*, p. 749.

⁶³ 1994 A.C. 310 at 322.

⁶⁴ J. KIRBY, *loc.cit.*, p. 322.

⁶⁵ G. H. TREITEL, *op.cit.*, p. 759.

⁶⁶ Explicando el esquema de la delegación en la cesión del contrato, vid. J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, pp. 49-57.

⁶⁷ (1991) 57 BLR 33, 52 (CA).

neozelandés, tampoco está del todo claro si lo establecido en la Sección 11 (1⁶⁸ y 2⁶⁹) de la *Contractual Remedies Act 1979* modifica o no lo establecido en dicho principio⁷⁰.

III. Elementos esenciales de la cesión

1. CONSENTIMIENTO DEL CONTRATANTE CEDIDO

10. Si una parte en un contrato acuerda con un tercero que este ocupe su posición que el primero ostentaba en el contrato, resulta evidente que ambos sujetos forman parte del contrato, y que será válido, siempre que concurra en él los requisitos legales exigidos para ello (*inter partes*). Ahora bien, la cuestión que se plantea en este punto es la de saber si en este traspaso es necesario que concurra o no el consentimiento del contratante cedido y, por tanto, determinar cuál es el rol que en esta operación desempeña el mismo. En este ámbito, salvo las excepciones apuntadas (*ad ex.* Derecho colombiano y norteamericano), se puede afirmar que el Derecho comparado presenta una línea mayoritaria, y hasta uniforme, por lo que al consentimiento del contratante cedido se refiere. Este requisito constituye una exigencia lógica y encuentra su justificación en la estabilidad y la vigencia del contrato, sean cuales fueras las prestaciones contractualmente asumidas⁷¹. La cesión del contrato implica una modificación del contrato en la que todas las partes deben estar de acuerdo. Una parte no puede disponer a su libre albedrío de su propia obligación, dado que ello puede producir un perjuicio evidente a la otra parte contratante.

Es, pues, una nota común en Derecho comparado la exigencia del consentimiento tanto en los países en los que esta figura cuenta con un reconocimiento legal expreso⁷², como en aquellos en los que no, y no solo en el ámbito

⁶⁸ Que dispone que: “*Subject to this section, if a contract, or the benefit or burden of a contract, is assigned, the remedies of damages and cancellation shall, except to the extent that it is otherwise provided in the assigned contract, be enforceable by or against the assignee*”.

⁶⁹ Establece que: “*Except to the extent that it is otherwise agreed by the assignee or provided in the assigned contract, the assignee shall not be liable in damages, whether by way of set-off, counterclaim, or otherwise, in a sum exceeding the value of the performance of the assigned contract to which he is entitled by virtue of the assignment*”.

⁷⁰ Ello se debe a que existe pocos casos que hayan interpretado dicha disposición, y ninguna interpretación es definitiva (J. KIRBY, *loc.cit.*, pp. 326-327).

⁷¹ C. LASARTE ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 128.

⁷² Arts. 1.406-1.407 Cc italiano, art. 424 Cc portugués, arts. 6.2.3.14-1 Cc holandés y suranimés, Ley 513, 1 y 2 del Fuero Nuevo de Navarra, art. 1.435 Cc peruano, 1.636 Cc argentino, art. 1.216 de la *Ordonnance* nº 2016-131, art. 1.227 de la Propuesta de modernización del Código Civil español, art. 89 Ley China de contratos, art. 244 del Código de obligaciones civiles y mercantiles de Senegal y art. 1.135 Cc rumano.

anglosajón⁷³, sino también en los países romano-gemanistas, donde el número de partes que intervienen en la cesión ha sido materia y objeto de discusión doctrinal. Así, mientras que unos consideran la cesión como un convenio bilateral, donde la intervención del cedido es mínima⁷⁴. Para otros, en cambio, estiman que se iguala su intervención con la del cedente y cesionario, configurando la cesión como un contrato trilateral⁷⁵. Por el contrario, una tercera postura ve en la cesión un negocio bilateral o no, según las circunstancias concretas del caso⁷⁶. La respuesta a esta cuestión depende, en definitiva, del valor que se conceda a la declaración de voluntad del cedido, es decir, si esta es constitutiva o no del negocio de cesión, lo que puede variar, según cual sea la postura que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la cesión del contrato. Así, para aquellos autores que siguen la teoría atomista, es decir, explican la cesión del contrato como una cesión de créditos más una asunción de deudas, consideran que no se exige el consentimiento para la cesión de créditos, basta con una notificación posterior. Por el contrario, sí consideran necesario que dicho consentimiento exista para liberar al cedente de su responsabilidad por las deudas que contrajo. En cambio, para aquellos que siguen la teoría unitaria, el consentimiento es necesario para la validez del mismo. En tales países el hecho de que la operatividad de la cesión se explique y justifique de una u otra forma, ha conducido a ver en la cesión del contrato un acto jurídico homogéneo entre tres personas (Derecho alemán y suizo) o como un requisito de eficacia, en particular de la liberación del cedente, como así sucede en la jurisprudencia⁷⁷ y doctrina españolas⁷⁸.

Esta exigencia es unánime también en los textos armonizados (art. 9.3.4 Principios UNIDROIT, art. 12:201 PECL, art. III-531 DCFR y art. 8.3.2 Principios OHADAC). De hecho, en la práctica comercial es frecuente y recomendable el uso de cláusulas contractuales en las que las partes han podido pactar en el contrato de cesión la intervención y el papel del cedido⁷⁹.

11. Visto que, salvo las excepciones apuntadas, es un principio comúnmente reconocido que para transferir a un tercero el contrato en su integridad, inclusive el poder de anular, resolver y oponer las oportunas excepciones, se precisa de la aceptación o el consentimiento del contratante cedido, cabe plantearse, por tanto,

⁷³ *Tolhurst v Associated Portland Cement Manufacturers* (1902), 2 KB 660; *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd* (1994), 1 AC 85, H.L.

⁷⁴ D. BARBERO, *Sistema istituzionale di Diritto privato italiano*, Milano, 1948.

⁷⁵ M. ANDREOLI, *op.cit.*, p. 45.

⁷⁶ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op.cit.*, p. 1048.

⁷⁷ Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia española exige que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor [Sents. del T.S. de 9 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8967) y de 9 de diciembre 1999 (*RJ* 1999, 8561)].

⁷⁸ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op.cit.*, 1048, C. LASARTE ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 128.

⁷⁹ J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 78.

qué sucede cuando falta dicho consentimiento. Esta es una cuestión que no ha sido expresamente regulada ni en Derecho comparado ni en los textos de derecho transnacional, y que depende de la ley aplicable a la que remitan las normas de Derecho internacional privado⁸⁰. No obstante, existe cierto consenso en torno a la idea de que la falta de consentimiento implica la no liberación del cedente y, por tanto, que este continúa obligado en virtud del contrato original. Ahora bien, sobre lo que no existe ni consenso es sobre como incide la falta de dicho consentimiento en la validez del acuerdo de cesión. En este ámbito, se observan dos tendencias⁸¹. La primera, presente en la jurisprudencia española, donde se considera que la falta de consentimiento del contratante cedido implica que la cesión no ha tenido lugar⁸²; mientras que, la segunda, admitida por algún sector doctrinal, matiza esta solución y establece la validez de la cesión y su eficacia interna. De forma que, aunque el cesionario no pase a ser parte del contrato, la cesión, al menos en lo que se refiere a los derechos del crédito cedido, puede tener efecto frente al deudor, siempre que el contrato de cesión sea válido⁸³. Con todo, habrá que estar a lo que pacten las partes, ya que estas pueden configurar el contrato de cesión y condicionar su validez a la obtención del consentimiento del cedido. De hecho, como hemos señalado, en la práctica comercial puede ser útil incluir una cláusula contractual en tal sentido. En tales casos, de no concurrir aquel, se resolvería el contrato, incluidas las obligaciones internas entre el cedente y el cesionario.

12. Sentado, pues, que el principio de que la intervención del cedido constituye un requisito esencial para que la cesión del contrato despliegue sus efectos, queda por saber el momento y la forma en la que el consentimiento debe prestarse. Respecto a la primera cuestión, es un principio general que el consentimiento puede ser prestado en distintos momentos sea anterior, simultáneo o posterior al acuerdo de cesión (arts. 1.407 Cc italiano, art. 1.435.2º Cc peruano, art. 1.636 Cc argentino, art. 513.2º Compilación Foral navarra, art. 1.226 de la *Ordonnance* nº 2016-131, art. 1.317 Cc rumano y Sents. del T.S. español de 25 de mayo de 1966, 6 de marzo de 1973, 25 de abril de 1975 y 26 de febrero de 1982). Por esta misma solución se inclinan los Principios UNIDROIT (art. 9.3.4) y los Principios OHADAC (art. 8.6.2.2), a diferencia de los PDCE y el DCFR que, incomprensiblemente, guardan silencio al respecto, como así sucede en el art. 1.127 de la Propuesta de modernización del Código civil.

No obstante, a pesar de que constituye un principio general reconocido el que el cedido puede prestar su consentimiento en distintos momentos, lo más

⁸⁰ Sobre el ámbito de aplicación de la ley el negocio de cesión, *vid.* J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, pp. 174-186.

⁸¹ Sobre las mismas, *vid.* J. OTIS RODNER, “La cesión del contrato y los Principios Unidroit”, *Boletín de la academia de ciencias políticas y sociales*, nº 151, 2012, p. 266.

⁸² Sin el consentimiento de este, no existe cesión, o como ha afirmado el T.S. en reiteradas ocasiones, “la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante para la eficacia de la cesión” (Sents. del T.S. de 9 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre 1999).

⁸³ R. CICALA, *op.cit.*, p. 895.

recomendable es que este sea prestado en el momento de celebración del acuerdo de cesión, es decir, de forma simultánea, pues existen más probabilidades de que la operación tenga éxito, evitando así, que los esfuerzos realizados por las partes durante la negociación y la celebración del acuerdo de cesión se vean frustrados con la posterior negativa del cedido⁸⁴. En cualquier caso, este también puede obtenerse con posterioridad a la celebración del acuerdo. En tales supuestos, la eficacia de la cesión depende de la actitud que el cedido manifieste *a posteriori*, que puede ser de veto, malogrando así los logros realizados por las partes. Lo que sí resulta evidente es que de ser así, mientras que este no se produzca, el contrato de cesión no surtirá efectos. No obstante, esta cuestión dependerá, en última instancia, de lo acordado por las partes, dado que estos pueden suspender la eficacia del pacto de cesión hasta el momento en que el cedido haya sido notificado, preste su consentimiento o libere al cedente⁸⁵ o pueden acordar que sea en la notificación o en el momento de consentir cuando el contratante cedido sea informado sobre la fecha exacta en la que adquirirá eficacia la cesión. Y es en este ámbito, donde se echa en falta en el Derecho comparado y en el transnacional una previsión que regule de forma expresa el plazo del que dispone este para prestar su consentimiento. Es cierto que las partes pueden fijar un plazo limitado durante el cual ha de pronunciarse el cedido y que, en caso de no hacerlo, se considera que no acepta la cesión, pero, en ausencia de dicha previsión, deben evitarse cualquier práctica contraria a la buena fe.

Por último, este pueda ser prestado *ex ante* de que se celebre el acuerdo de cesión. Esta última opción plantea el problema de que la información que sea suministrada a la contraparte para que este preste su consentimiento varíe en el momento de celebración del acuerdo⁸⁶. Además, de que se plantea la duda de si dicho consentimiento podría ser prestado en abstracto o si habría de referirse a un contratante en concreto previamente identificado. De la misma manera, debe tenerse en cuenta que el consentimiento dado previamente podría ser revocado antes de que se firme el contrato, como así admite expresamente el art. 6.2.3.11-2 Cc holandés y suranimés.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es decir, a cómo debe materializarse el consentimiento del cedido en cuanto a su forma, esto es, si debe ser expreso o puede inferirse del comportamiento del contratante cedido, no existe en Derecho comparado una regulación que exija la forma en la que este deba prestar dicho consentimiento. Por lo que, en principio, cabe concluir que el consentimiento del contratante cedido puede presente de forma distinta a la utilizada en el contrato original o contrato base, lo que implica que puede este ser realizado expresamente,

⁸⁴ Sobre esta cuestión, J.G. RAFFRAY, *Les substitutions des contracts en cours d'écécution du contrat*, Motpellier, 1997.

⁸⁵ Para J. J. FORNER DELAYGUA, las posibilidades de actuación del cedido quedan enmarcadas por el propio pacto de cesión (*id.*, *op.cit.*, p. 68).

⁸⁶ Este riesgo, como así manifiestan los Comentarios a los Principios OHADAC, puede ser atajado por las partes ofreciendo a la contraparte un acuerdo cerrado y solo pendiente de firma (*vid. Comentarios a los Principios OHADAC...*, *cit.*, p. 499).

incluso, por estricto, o de forma tácita, es decir, puede derivarse de los actos y del comportamiento del cedido⁸⁷. Con todo, esta cuestión dependerá del juez o árbitro que conozca del asunto teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Puede ocurrir, como así se evidenció en el Laudo arbitral de la CCI decidido en Estocolmo en 2001 (Caso núm. 9771), que la conducta del contratante cedido no sea considerada como un indicio suficiente para considerar aceptada la cesión del contrato⁸⁸. Los textos transnacionales guardan silencio al respecto, por lo que habrá que estar a sus normas generales que consagran la libertad de forma sin necesidad de constancia escrita, aunque, ello no obsta a que las partes pueden estipular que dicho consentimiento se haga por escrito.

En cualquier caso, no hay duda de que el consentimiento que debe prestar el contratante cedido es un acto que excede del simple asentimiento y, por tanto, requiere una capacidad por parte del contratante cedido, en obligarse, ya que el efecto del mismo es la modificación a través del cambio de uno de los sujetos de la relación contractual. Ni en Derecho comparado ni transnacional se hace referencia expresa a dicha cuestión. Por lo que, dicha cuestión dependerá de las normas de Derecho internacional privado.

13. Comoquiera que el cedido puede intervenir en la cesión, como hemos apuntado, en distintos momentos, la eficacia de la misma tendrá lugar en uno u otro momento dependiendo de cuándo aquel emita su consentimiento. Así pues, si el cedido presta el consentimiento de forma simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión, aunque nada se dispone expresamente en Derecho comparado ni transnacional, salvo los Principios OHADAC [art. 8.3.3.1 a)], no hay género de duda de que este producirá sus efectos desde que el cedido preste dicho consentimiento. En los supuestos en los que dicho momento sea *ex ante* este será, como así se admite en Derecho comparado y transnacional, eficaz cuando la contraparte reciba la notificación del acuerdo (art. 1.407.1º Cc italiano, art. 424.2º Cc portugués, art. 1.216 de la *Ordonnance* nº 2016-131) o aquel en el que el cedido la haya aceptado (art. 1.407.2º Cc italiano, art. 1.317 Cc rumano), la reconoce (art. 9.3.4 Principios UNIDROIT, art. 424.2º Cc portugués) o puede conocer su vigencia [art. 8.3.3.1 b) Principios OHADAC]]. También existe la posibilidad de que la contraparte conozca por otros cauces la vigencia de dicha cesión, si en el momento de consentir anticipadamente fue informada de la fecha de vigencia del futuro contrato⁸⁹. Por el contrario, los PECL al igual que el DCFR o el art. 1.227 de la Propuesta de modernización del Código civil guardan silencio al respecto. No obstante, esta es una cuestión que, como hemos evidenciado, pueden depender de lo acordado por las partes en el contrato de cesión.

⁸⁷ Partidario del consentimiento tácito F. MESSINEO, "Il contratto", en *Tratato di Diritto civile e commerciale* (dir. CICU-MESSINEO), Milán, Giuffrè, 1972, p. 521.

⁸⁸ *Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI*, vol. 2001-2007, París (2009) cit. por J. OTIS RODNER, *loc.cit.*, p. 264.

⁸⁹ *Vid. los Comentarios a los Principios OHADAC...*, cit., p. 559.

Mención especial merece una forma particular de perfección de la cesión prescindiendo de la notificación en cuestión, que es reconocida tanto en derecho italiano (art. 1.407 Cc) como en el colombiano (art. 888.3º Cco), que tiene lugar en virtud del giro o endoso del documento contractual en el que se haya incluido la cláusula a la orden u otra forma equivalente. De forma que, si todos los elementos del contrato que va a transferirse resultan de un documento de dicha índole, el endoso del documento produce la sustitución que lo endosa por la persona del endosatario⁹⁰.

Ahora bien, desde el momento en el que la cesión del contrato implica la cesión de los derechos que se tengan respecto de la contraparte, el contratante cedido ha de cumplir respecto del cesionario. Dicha parte solo quedará liberada de sus obligaciones cumpliendo respecto del cesionario. Mención especial merece aquellos casos en los que el cesionario cede sucesivamente el contrato a otro cesionario (cesiones en cadena). En tales casos, la contraparte se liberará de sus obligaciones cumpliendo respecto del último cesionario cuya cesión haya sido notificada o aceptada. Se trata de una práctica consensuada, que solo ha sido expresamente recogida en el art. 8.3.6 de los Principios OHADAC.

14. Visto que la cesión puede producir sus efectos, en algunos casos, desde el momento en que el cedido recibe la notificación, son varios los extremos que interesan de la misma: quién debe realizarla, su contenido, la forma que esta debe revestir y el plazo en el que esta debe efectuarse. Ni en Derecho comparado ni desde una perspectiva transnacional se ha prestado debida atención a tales cuestiones. En este contexto, podría pensarse que dicha cuestión quedará al criterio de las partes implicadas pudiendo tanto cedente como cesionario estar facultadas para proceder a dicha notificación de la forma que estimen conveniente y en el menor plazo de tiempo posible, siendo estos también quienes decidan el contenido de la misma. Aunque de la propia dinámica contractual se deduce que al cedido se le tiene que dar información suficiente sobre la operación.

No obstante, también es cierto que la notificación a través del cesionario puede generar cierta inseguridad o desconfianza en el cedido, ya que este es un tercero ajeno a él con el que no tiene relación jurídica alguna. Precisamente, para evitar estos problemas, y ante la ausencia de regulación en este ámbito tanto en el Derecho comparado como transnacional es recomendable incluir una cláusula contractual que aporte una dosis de garantía a la notificación y, en particular, una destinada a asegurar una prueba acreditada de la cesión en un plazo razonable⁹¹. Dicha prueba puede ser una declaración del cedente o la propia copia del contrato de cesión. De forma que, si esta fuera solicitada, la cesión quedaría en suspenso hasta que la prueba fuera dada, lo que implica que el cedente no quedaría liberado. Ahora bien, una vez dada dicha prueba, la notificación sería efectiva desde el momento en el que fue hecha o en una posterior de haberse hecho constar en la notificación, lo que puede tener implicaciones importantes en caso de cesiones múltiples⁹².

⁹⁰ Sobre este particular tipo de cesión, *vid.* M. ANDREOLI, *op.cit.*, pp. 77 ss.

⁹¹ Resulta ilustrativa la ofrecida en los Comentarios a los Principios OHADAC., *cit.*, p. 522.

De esta forma las partes pueden acordar poner en conocimiento del cedido la totalidad de la cesión, solo una parte de lo pactado o pueden ponerle al corriente de la cesión por etapas. Una cuestión de suma importancia, puesto que la propia oponibilidad de la cesión y los efectos de la notificación al cedido dependerá de lo que le haya sido notificado, teniendo en cuenta que, en palabras de J. J. DELAYGUA FORNER, “notificado lo más, se producen efectos por lo menos”⁹³.

2. Régimen jurídico del contrato de cesión

15. En toda cesión del contrato cabe distinguir, por una parte, el contrato cedido, es decir, el contrato original o base del contrato de cesión, cuyo contenido y objeto quedará determinado por la voluntad de las partes, con el límite de las normas imperativas y orden público (§ 225 UCC). Y, por otra, el negocio jurídico o instrumento en virtud del cual se produce la sustitución o traspaso de la posición contractual del contratante cedente al cesionario. Se trata de dos contratos distintos e independientes, con un cierto grado de conexión⁹⁴, que han de cumplir con ciertos requisitos de validez.

Resulta evidente que para que el contrato de cesión surta efectos, este debe ser válido. Los sistemas jurídicos que regulan expresamente la cesión del contrato, así como los instrumentos transnacionales establecen, como hemos apuntado, una regulación con un núcleo común. Dicha regulación funcional no incide tanto en la tipificación del acuerdo en sí, como en su efectos. Efectivamente, con alguna excepción como el art. 1.436 Cc peruano con normas sobre las reglas aplicables a la cesión del contrato (forma, capacidad y vicios del consentimiento) o el Derecho colombiano (art. 888 Cco) y francés (art. 1.216 de la *Ordonnance* nº 2016-131) con reglas específicas sobre la forma del contrato de cesión, las codificaciones estatales no regulan tales cuestiones. No obstante, existe un principio unánime en Derecho comparado de que dicha cuestión depende de las disposiciones aplicables al acto que sirve de base a la cesión.

En todo caso, para que se celebre el contrato de cesión se requiere que cada parte, es decir, tanto cedente como cesionario tenga capacidad de disposición, por cuanto la cesión del contrato significa que el cedente dispone de su posición como contratante, mientras que el cesionario asume como consecuencia de la cesión del contrato las obligaciones que tenía el cedente a favor del contratante cedido. El cesionario, por lo tanto, debe tener capacidad para asumir o contratar obligaciones⁹⁵.

⁹² Sirva como ejemplo *mutatis mutandis* el ofrecido para el ámbito de la cesión de obligaciones en los Principios OHADAC (p. 522).

⁹³ J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 72.

⁹⁴ Esta interdependencia se evidencia en la Sent del T.S. de 22 de mayo de 2014 (Tol 3.357.228), donde se cuestionaba la ineficacia de un contrato base al celebrar el vendedor otro contrato, que incluía la cesión del primero a un tercero sin el consentimiento del contratante cedido –comprador en el primer contrato–.

⁹⁵ *Vid.* J. OTIS RODNER, *loc.cit.*, p. 259.

En Derecho comparado, los únicos sistemas jurídicos que hacen referencia expresa a esta cuestión son el portugués (art. 424 Cc) y el peruano (art. 1.436 Cc), donde dicha cuestión depende del tipo de negocio que sirve de base a la cesión.

16. Ni en la práctica comparada ni en los textos transnacionales, con excepciones como la del Derecho portugués (art. 425 Cc), el peruano (art. 1.436 Cc), colombiano (art. 888 Cco.) y el francés (art. 1.216 de la *Ordonnance* nº 2016-131), se ha prestado especial atención a la forma que debe cumplir el contrato de cesión. Parece lógico pensar que en la medida en que la cesión del contrato genera una vicisitud en el contrato base, la forma requerida para la cesión es aquella requerida para el contrato cedido. Este es, al menos, el sentir unánime de la doctrina italiana⁹⁶, española⁹⁷ y rumana⁹⁸, así como el de los textos legales en los que se ha regulado dicha cuestión, salvo lo establecido en el art. 889 C.co colombiano, donde se admite que la simple aquiescencia tácita por un tercero se entenderá como cesión del contrato. No obstante, existe también una doctrina minoritaria partidaria de la libertad de forma en este ámbito⁹⁹. Ello no obsta a que el contrato de cesión quede sometido a unos requisitos de forma de modo explícito¹⁰⁰. Aunque, en última instancia, esta es una cuestión que depende de la ley que regule el contrato.

Mención especial merecen el Derecho francés y el colombiano. El primero, porque tras la reforma recientemente operada establece que el contrato de cesión debe constar por escrito, bajo pena de nulidad (art. 1.216 de la *Ordonnance* nº 2016-131). Y, el segundo, porque, si bien es cierto que establece que el contrato puede hacerse verbalmente o por escrito (art. 887 Cc), admite que si el contrato consta en escritura pública, la cesión pueda hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente. De forma que, si esta no fuera auténtica o no se presumiese como tal, esta no producirá efectos respecto de terceros mientras no fuera inscrita en el correspondiente Registro (art. 888 Cco).

IV. Efectos de la cesión del contrato

1. INTRODUCCIÓN

17. La principal consecuencia o efecto de la cesión es la sustitución de una de las partes contratantes. Esta se produce desde la cesión, o en su caso, desde la notificación o aceptación la cesión. No obstante, para el Derecho colombiano la cesión

⁹⁶ G. DE NOVA, "La cessione del contratto", en *Trattato di Diritto Privado* (dir. P. RESCIGNO), Turín, UTET, 1982, p. 567.

⁹⁷ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op.cit.*, p. 1051; C. LASARTE ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 13.

⁹⁸ M. BOJINCĂ, *loc.cit.*, p. 238.

⁹⁹ CH. LAPP, "Cession de contrat", *Encyclopédie Dalloz de Droit civil*, I, p. 3 cit. por J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 84.

¹⁰⁰ *ID.*, *op.cit.*, p. 84.

del contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que se celebre, mientras que respecto del contratante cedido y de terceros, solo produce efectos desde la notificación o aceptación (art. 894 Cco).

Esta sustitución puede estar, como ha señalado J. J. FORNER DELAYGUA, más o menos acabada en lo jurídico, con unos efectos modulables en función de la voluntad de las partes¹⁰¹, la realidad impuesta por el contrato cedido y con el límite de las normas imperativas y de orden público¹⁰².

Sin perjuicio de que exista un pacto en contrario, en Derecho comparado los efectos de la cesión contractual pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro. De hecho, en aquellos sistemas en los que no se ha reconocido esta figura legalmente esta cuestión depende de la teoría (unitaria/atomista) y del mecanismo jurídico al que se recurra (delegación, novación, asunción de deuda o estipulación a favor de tercero) para explicar su funcionamiento práctico. También existe diversidad entre aquellos otros que sí la han previsto, pues, además, de existir ciertas diferencias, como veremos, algunos sistemas ofrecen una regulación más exhaustiva que otros.

Con todo, pese a sus diferencias, estos ordenamientos establecen un sistema encadenado de efectos, responsabilidades y quehaceres para las partes con una consecuencia fundamental y común: un tercero asume la posición contractual que tenía el cedente en la relación previa que tenía con el cedido. En concreto, tales sistemas establecen una reglamentación con un núcleo común, una regulación funcional. Esta perspectiva funcional hace que en tales codificaciones no se trate expresamente ciertos temas, como así sucede con el derecho de compensación o la posibilidad de solicitar la oportuna indemnización por los costes adicionales soportados, ni se regule de forma minuciosa los derechos y las obligaciones de las partes, según si se produce o no la liberación del cedente.

El análisis de los efectos de la cesión contractual en tales sistemas pasa por el examen de las diferentes relaciones jurídicas que se identifican en la cesión contractual, a saber: la relación entre el contratante cedente y el cedido; entre el contratante cedido y el cesionario y, por último, entre el cedente y el cesionario. Por su parte, desde una perspectiva transnacional, y a pesar de que la cesión del contrato se considere en puridad como algo más que la sola combinación de actos singulares o independientes de transmisión de créditos y deudas, la solución que adoptan los textos armonizadores pasa por una remisión a las normas sobre cesión y sustitución del deudor con las modificaciones oportunas (arts. 9.3.6 y 9.3.7. Principios UNIDROIT, art. 12:201 PECL, art. III.-5:302 DCFR). Esta tendencia es seguida en el art. 6.2.4.14 Cc holandés y suranimés, así como en las regulaciones más recientes (art. 1.226 de la *Ordonnance* nº. 2016-131 y el art. 1.227 de la Propuesta de modernización). Con una

¹⁰¹ Precisamente, en virtud de dicha autonomía, las relaciones entre el cedente y el cesionario pueden quedar configuradas por estos con cierta amplitud y flexibilidad. Así, por ejemplo, el cedente puede admitir seguir siendo deudor ante el cedido, actuar como mandatario ante el cedido o bien puede quedar desligado del contrato cedido (J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 81).

¹⁰² Como así establece el § 2-210 (2) del UCC y § 318 (1) *Restatement*.

mecánica similar cabe mencionar a la Ley China de contratos, que prevé la aplicación de los mismos efectos que la cesión y la delegación (art. 89).

2. EFECTOS ENTRE EL CONTRATANTE CEDENTE Y EL CEDIDO

18. En virtud de la cesión contractual, el cesionario entra en la posición contractual del cedente, pasa a ser el obligado del contratante cedido, unitariamente y en bloque; mientras que el cedente pierde los derechos derivados del contrato cedido. Queda la duda de saber si este queda o no automáticamente liberado frente al contratante cedido. En Derecho comparado es un principio unánimemente admitido que el cedente queda liberado automáticamente en virtud de la cesión contractual. En los países en los que se ha regulado la cesión contractual, este principio ha sido recogido bien de forma expresa, como así sucede en el derecho italiano (art. 1408.1 y 2º Cc), el art. 1.227 de la Propuesta de modernización y en la Compilación Foral de Navarra (Ley 513.3), bien de forma implícita, como ocurre en derecho holandés y surinamés (art. 6.2.3.14-2) y en el derecho portugués (art. 424 Cc). También esta es la regla aplicable en aquellos países donde esta figura tiene una aceptación doctrinal y/o jurisprudencial, como así sucede en España¹⁰³.

La liberación del cedente se contempla, pues, como el efecto natural de la intervención del cedido en la cesión del contrato. De hecho, este es el régimen general aplicable, salvo en aquellos casos en los que el cedido hubiera pactado con el cedente la alteración de dicho régimen (art. 1.437 Cc peruano, 892 Cco colombiano, art. 1.637 Cc argentino) o de forma unilateral hubiera decidido no liberarlo (art. 1.408 Cc italiano). Constituye, pues, una tendencia general en aquellos países que han regulado expresamente la cesión contractual con algunas excepciones, como así sucede en Derecho portugués o el art. 513 Compilación Foral de Navarra donde no existe una regulación expresa al respecto, que el cedido podrá dirigirse contra el cedente si el cesionario no cumple las obligaciones asumidas. Lo que implica que el cedente responderá de forma subsidiaria frente al cedido del incumplimiento del cesionario, siempre que este comunique al cedente el incumplimiento del cesionario dentro del plazo legal establecido. Y es aquí donde en Derecho comparado se estipula así una regla lógica de prudencia, asimilable a las reglas procesales que imponen un determinado plazo de tiempo para que los derechos que se creen vulnerados puedan ejercerse, que oscila entre los 15 días estipulados por el Derecho colombiano (art. 892 Cc) e italiano (art. 1.409 Cc) frente a los 30 días que establece el derecho peruano (art. 1.437 Cc) y argentino (art. 1.637 Cc).

En los países donde la cesión del contrato no ha tenido un reconocimiento expreso saber qué sucede en aquellos casos en los que el cedente no es liberado es una cuestión que depende de la interpretación que se adopte al respecto. Así, por ejemplo, mientras que en España, la doctrina es partidaria de mantener la responsabilidad subsidiaria del cedente¹⁰⁴; en Francia, antes de la reforma operada en su sistema, la

¹⁰³ L. AYNÈS, *op.cit.*, p. 194.

¹⁰⁴ C. LASARTE ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 14.

doctrina está dividida¹⁰⁵. En la actualidad, no hay duda alguna, pues el art. 1.126 de la *Ordonnance* nº 2016-131 consagra, salvo pacto en contra, la responsabilidad solidaria del cedente.

Desde una perspectiva transnacional, la regulación que ofrecen tanto los Principios UNIDROIT como los Principios OHADAC requiere un análisis detallado. Por un lado, porque se apartan de la práctica comparada, salvo lo estipulado en el Derecho francés, cuando, como regla general, en defecto de pacto expreso de las partes sobre la modalidad de cesión que debe tener lugar (con o sin liberación), ni se pueda deducir una solución de sus propios términos, optan por establecer una responsabilidad solidaria entre el cedente y cesionario. Y, por otro, porque establecen una regulación detallada y minuciosa de los efectos de la cesión en función de la modalidad de cesión que exista, es decir, según se presente, una liberación total del cedente o una responsabilidad subsidiaria o solidaria del mismo. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en los Principios UNIDROIT (art. 9.3.5), donde se otorga un derecho exclusivo al cedido para liberar al cedente o retenerlo sin que el cedente y cesionario puedan disponer nada al respecto¹⁰⁶, los Principios OHADAC parten del máximo respeto a la autonomía de la voluntad expresada por el cedente y cesionario en el contrato de cesión¹⁰⁷. Este último modelo codificador tiene la virtud de respetar la voluntad de las partes, favorecer la seguridad jurídica y proteger las expectativas del acreedor, por lo que se configura como una regulación adecuada en este ámbito al que pueden someterse las partes¹⁰⁸.

19. El análisis de Derecho comparado evidencia, pues, que es el cedido quien – pactando o de forma unilateral– tiene la facultad de liberar al cedente, sin que, en principio, el cedente y cesionario puedan disponer nada al respecto. Por lo que, resulta recomendable que la posición del cedente quede determinada en el propio contrato de cesión. Lo contrario podría acarrear al cedente resultados perjudiciales, ya que en virtud de la cesión transferiría todos sus derechos al cesionario, perdiendo así su titularidad, pero, podría, sin embargo, seguir obligado porque así lo ha decidido el cedido. De hecho, este debe ser uno de los aspectos que deben ser centrales y cruciales en la negociación del acuerdo de cesión¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Para unos, si el cedente seguía obligado lo era en calidad de garante, ya que le había impuesto un co-contratante al contratante cedido; mientras que para otros el cedente seguía en su posición de obligado principal y no de simple garante (J. GHESTIN, *op.cit.*, p. 1045).

¹⁰⁶ De esta misma opinión es J. J. FORNER DELAYGUA para quién el cedido es quién tener el poder de liberar o no al cedente (*id. op.cit.*, p. 81).

¹⁰⁷ AA VV., *Comentarios a los Principios OHADAC...*, *cit.*, p. 557.

¹⁰⁸ Debe de tenerse en cuenta que para que los Principios OHADAC sean eficaces en su totalidad, deberán elegirse tanto en el contrato originario como en el de cesión contractual (AA VV., *Comentarios a los Principios OHADAC...*, *cit.*, p. 545).

¹⁰⁹ *Vid.* al respecto lo dispuesto al respecto en los *Comentario a los Principios OHADAC...*, *cit.*, p. 557.

En este sentido, y en función de la voluntad de tales partes, la cesión del contrato puede provocar tres efectos respecto del contratante originario: la liberación total del cedente o su retención como obligado bien de forma subsidiaria o solidariamente; efectos que han tenido un reflejo claro en los Principios UNIDROIT (art. 9.3.5) y en los Principios OHADAC. No así ni en los PDCE ni en el DCFR que prescriben la liberación total y automática del cedente, salvo pacto en contra.

En suma, las partes tienen, por tanto, libertad de pactar la modalidad de cesión que estimen pertinente. Así, cedente y cesionario pueden pactar la liberación del cedente, que quedará eximido del cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato originario. La sustitución total ocurrirá, como hemos visto, en todos aquellos casos en los que el cedido preste su consentimiento a la cesión del contrato. En este contexto, conviene precisar que a este le corresponde consentir o no la modalidad de cesión pactada por el cedente y el cesionario. El cedido no tiene en modo alguno derecho de elección de la modalidad de cesión, salvo que dicho derecho le haya sido conferido por las partes.

Sin embargo, puede darse el caso que se pacte una cláusula en la que el cedente no quede liberado y se mantenga como obligado subsidiario, en el caso de que el cesionario no cumpliera. De esta forma, se incentiva que el cedido acepte dicha cesión, siendo el cesionario responsable principal y quedando el cedente como responsable subsidiario. Es lógico, pues, pensar que, en tales casos, el cesionario pueda oponer al acreedor todas las excepciones de dicho deudor originario.

De igual manera, el cedente puede asumir frente al cedido la calidad de responsable solidario. En tal caso, cedente y cesionario responderán solidariamente frente a la contraparte en el contrato cedido. Esta es la opción más recomendable a la hora de negociar un pacto de cesión por la mayor dosis de seguridad jurídica que ofrece y mayor aceptación del contratante cedido.

20. Queda por saber si como consecuencia de la cesión el cedente es liberado cuál es el alcance de dicha liberación, es decir si tiene efectos *ex nunc* o no. Esta es una cuestión que depende de la propia naturaleza del contrato cedido y de los términos en los que la cesión del contrato se haya pactado. En defecto de pacto, es práctica habitual entender como regla general que la liberación se produce para los efectos pendientes de la relación, es decir, es *ex nunc* o hacia el futuro, pero no para los ya producidos¹¹⁰, como así establece el art. 1.216.1º de la *Ordonnance* nº 2016-131. Y, por tanto, comprende no solamente las prestaciones que nazcan o venzan después del momento de la cesión, sino de todas las prestaciones que estén pendientes a partir del momento de la misma, tanto prestaciones presentes como prestaciones futura bajo el contrato. No obstante, esta es una cuestión que no es ni mucho menos unánime en la doctrina comparada¹¹¹, aunque también es cierto que esta regla puede carecer de

¹¹⁰ J. G. RAFFRAY, *Les substitutions de contrats en cours d'exécution du contrat*, Montpellier, 1977, p. 264; J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 83; J. OTIS RODNER, *loc.cit.*, p. 279; L. DÍEZ -PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op.cit.*, p. 1051.

¹¹¹ Así, mientras que para la doctrina portuguesa, el contrato de cesión tiene como efecto principal la sustitución del cedente en la relación contractual tal y como esta existía al momento de la cesión. Para la doctrina francesa, el cesionario no asumía las obligaciones del

sentido fuera en los casos en que la obligación de la que se libera al cedente sea de tracto sucesivo¹¹².

3. EFECTOS ENTRE EL CONTRATANTE CEDENTE Y EL CESIONARIO

21. Como se ha expuesto, el cesionario entra en la posición contractual del cedente, unitariamente y en bloque, de manera que una vez que se perfecciona el contrato de cesión, solo el cesionario podrá exigir el cumplimiento del contrato. Por su parte, el cesionario tiene la obligación de cumplir la obligación que el cedente tenía ante el cedido. De forma que, si este incumple dicha obligación, el cedente podrá instar la resolución del contrato de cesión y, en todo caso, podrá ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad contractual por los daños y los perjuicios sufridos.

Además, en el Derecho comparado, es unánimemente aceptada la obligación que posee el cedente de garantizar al cesionario la existencia y validez del contrato. Dicha obligación comprende tanto la válida existencia del contrato como la efectiva disponibilidad. Esta garantía implica asegurar que el cedente es titular de la posición contractual emanada del contrato básico y que puede cederla, como así ha sido reconocido en Derecho italiano (art. 1.410 Cc), portugués (art. 426 Cc) y rumano (art. 1.323). Esta misma solución es adoptada en el art. 890 Cco colombiano, art. 1.438 Cc peruano, salvo pacto en contrario. Además, como han estipulado algunos ordenamientos jurídicos, como así sucede en Derecho argentino (art. 1.638) y peruano (art. 1.438 Cc) dicho pacto no surte efecto si la invalidez se debe a hecho propio del cedente. Ni la Compilación Foral de Navarra ni el Código civil surinamés y holandés se refieren a esta cuestión. En Derecho español, a falta de regulación, la doctrina señala que el cedente está obligado a garantizar la existencia y validez del contrato cedido, siendo esta una obligación natural, que se produce aunque no exista al respecto un pacto expreso¹¹³.

Ahora bien, si bien existe uniformidad respecto a la existencia de la garantía a cargo del cedente, existe discrepancia respecto al alcance de esta obligación¹¹⁴. Así, mientras que para algunos comprende cualquier vicio que afecte a la validez del contrato básico. Para otros, esta se limita a los casos de invalidez por error, dolo e idoneidad del

cedente vencidas antes de la fecha de efectividad de la cesión, lo que implicaba que el cesionario, salvo convenio en contrario, no debía cargar con las obligaciones vencidas del cedente (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LECQUET, *Droit Civil. Les Obligations*, 9ª ed., París, 2005, p. 1250). Esta conclusión está respaldada por la Sent. del T.S. del 12 de julio de 1988 en relación con la cesión de un contrato de arrendamiento, según la cual, el cesionario no estaba obligado a pagar los cánones de arrendamiento vencidos antes de la fecha de la cesión del contrato. Sobre esta cuestión, *vid.* J. OTIS RODNER, *loc.cit.*, p. 280.

¹¹² J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 81.

¹¹³ Sin embargo, cabe dudar que se trate de una verdadera obligación de garantía (L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op.cit.*, p. 1053).

¹¹⁴ A. ZACCARÍA, "Cessione del contratto e garanzie della sue validità", *Riv.dir.civ.*, 1985-3, pp. 241, 278 y 313.

objeto, por considerar que el consentimiento del cedido convalida cualquier defecto del contrato básico¹¹⁵.

Con todo, la garantía del cedente no se extiende, también, al cumplimiento, a la solvencia efectiva del contratante cedido, y, por consiguiente, al buen éxito del contrato cedido. No constituye, pues, una obligación legal. No obstante, aun cuando no esté obligado a ello *de iure*, en Derecho comparado se admite la posibilidad de que el cedente pacte con el cesionario la garantía del cumplimiento de las obligaciones, como así sucede en derecho italiano (art. 1.410.2º Cc), colombiano (art. 890 Cco) y en el portugués (art. 426.2º Cc), en cuyo caso, asume la posición del fiador respecto a las obligaciones del cedido, a diferencia de la Compilación navarra y el Código civil surinamés y holandés que se desentienden de las relaciones existentes entre cedente y cesionario. En la legislación española, al no existir una regulación expresa, es factible que se pacte dicha cuestión al amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes¹¹⁶.

Lo que es evidente que, a falta de una adecuada garantía voluntaria del cumplimiento del contrato original, si el cedido no cumple, el cesionario no puede dirigirse contra el cedente ni resolver la cesión¹¹⁷. Es un riesgo que asume al adquirir el contrato y tiene a su disposición los remedios contractuales ordinarios contra el cedido¹¹⁸. Todo ello sin perjuicio, de la oportuna acción de responsabilidad que pudiera iniciar por comportamiento doloso de la parte al no informar de ello.

22. Por otra parte, no hay que olvidar que la transferencia del contrato base puede haber sido acordada a título oneroso –lo que más frecuente– o a título gratuito, por lo que, según cuál sea la modalidad de cesión que haya sido pactada entre las partes, produce en el cesionario la obligación recíproca de pagar o no el precio estipulado. Adicionalmente, muchos contratos de cesión conllevan el pago de un precio. Esta es una obligación pecuniaria independiente que no tiene ninguna relación con el contrato original. Normalmente, el incumplimiento de la obligación de pago del precio dará derecho al cedente a internar una acción para el cobro de dicha suma, pero no necesariamente dará derecho a resolver el contrato¹¹⁹.

4. RELACIONES ENTRE EL CONTRATANTE CESIONARIO Y EL CEDIDO

¹¹⁵ M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, “La cesión de posición contractual”, *Revista de Derecho PUCP. Facultad de Derecho*, núm. 33, 1978, pp. 39-64. en esp. p. 60.

¹¹⁶ En tal caso, el cedente responde como fiador del contratante cedido. Queda obligado a cumplir subsidiariamente la obligación contractual, pero en cambio no responde de los daños y perjuicios, a menos que estos deriven del incumplimiento de su propia obligación de garantía (L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op.cit.*, p. 1053).

¹¹⁷ HORWITZ, *Erfahrungen und Zweifelsfragen im Bezug auf Kontrakverkäufe*, p. 888 cit. por M. ANDREOLI, *op.cit.*, p. 56.

¹¹⁸ J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 91.

¹¹⁹ J. J. FORNER DELAYGUA, *op.cit.*, p. 88; F. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milán, Giuffré, 1950, p. 109.

23. En el momento en el que se perfecciona la cesión, el cesionario pasa a tener la condición de parte en el contrato, y es a partir de dicho momento cuando goza de todos los derechos derivados del contrato y está obligado a cumplir todas las obligaciones que tenía, al momento de la cesión, el cedente frente al contratante cedido. Desde ese momento, solo el cesionario podrá pretender que se cumpla el contrato y, en el caso, de incumplimiento del cedido, solo este podrá dirigirse contra él para lograr que se cumpla o se resuelva el contrato, así como para el resarcimiento de los daños y perjuicios¹²⁰. En concreto, el cesionario toma el contrato a la fecha en la que se perfecciona la cesión, es decir, según vimos, tiene efectos *ex nunc* y no hacia el pasado. Las prestaciones ya cumplidas y los derechos satisfechos no pasan al cesionario. Lo que sí pasa al cesionario son todos los derechos y obligaciones existentes a la fecha de la cesión, inclusive los derechos de crédito. Por lo que, el contratante cedido podrá oponer al cesionario las excepciones que deriven del contrato, lo mismo que el cesionario al cedido. En cambio, el contratante cedido no podrá oponer aquellas excepciones fundadas en las relaciones que mantuviera con el cedente, independientes del contrato cedido, a menos que hubiese hecho expresa reserva de tal facultad al consentir la cesión¹²¹.

Por su parte, el cedido estará obligado a cumplir el contrato frente el cesionario. No podrá cumplir a favor del cedente las prestaciones derivadas del contrato cedido, una vez notificada o aceptada la cesión o conocido el endoso (art. 892 Cco colombiano). De forma que, si el cedido paga por error al cedente, la obligación no se extinguirá y seguirá obligado frente al cesionario, aunque el cedido tendrá derecho de repetir contra el cedente¹²². Además, de las posibles sanciones en las que el cedente podrá incurrir¹²³. Ahora bien, el cedente puede asumir la obligación de repercutir en el cesionario cualquier cumplimiento efectuado a favor de dicho cedente. De hecho, puede ser aconsejable que cedente y cesionario incluyan una cláusula sobre repercusión del cumplimiento en el acuerdo de cesión, para que cualquier pago efectuado al cedente sea abonado al cesionario¹²⁴.

En virtud de la cesión, el cesionario adquiere también todas las obligaciones y derechos accesorios del contrato. Existe en Derecho comparado el principio unánime, según el cual, cada una de las partes del contrato base, una vez perfeccionada la cesión, puede oponer a la otra todas las excepciones derivadas del contrato cedido, en particular, la *exceptio inadimpleti contractus*, pero no aquellas fundadas sobre otras

¹²⁰ M. ANDREOLI, *op.cit.*, pp. 53-54.

¹²¹ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op.cit.*, p. 1053.

¹²² J. OTIS RODNER, *loc.cit.*, p. 291.

¹²³ Así, se pronuncia el art. 892.2º donde se establece que: “si el cedente recibe o acepta prestaciones sin dar al contratante cedido aviso de la cesión o endoso incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal para el delito de estafa”.

¹²⁴ *Vid.* un ejemplo de este tipo de cláusula en los Comentarios a los Principios OHADAC., *cit.*, p. 524.

relaciones con el cedente, extrañas al contrato originario, a no ser que la parte interesada hubiera hecho expresa reserva en el momento en que consintió en la cesión, como así dispone el art. 1.409 Cc italiano, art. 896 Cco colombiano, el art. 427 Cc peruano y el art. 1.216 de la *Ordonnance* nº 2016-131. La razón de ello es que, después de que se ha perfeccionado la cesión, el cedente ya no es parte. Por lo que, el contratante cedido no puede pretender oponer defensas al cesionario, de derechos del contratante cedido contra una persona que ya no es parte en el contrato. Así, por ejemplo, si el contrato fuera anulable después de la cesión, a consecuencias de vicios del consentimiento por parte del cedente, debería estimarse que el cesionario, que ha entrado a ocupar la posición contractual de aquel, es quien puede ejercer la oportuna acción de anulación.

V. Sobre el derecho de compensación y las garantías

24. Mención especial merecen el régimen de la compensación de créditos y las garantías en el marco de una cesión contractual. Nada dispone el Derecho comparado sobre el derecho de compensación de la contraparte. No obstante, si, como hemos mantenido, el cedente transmite tanto sus derechos como sus obligaciones, es lógico pensar que la contraparte deudora tiene derecho a ser compensado. De hecho, constituye una práctica contractual generalizada que, como consecuencia de la cesión, el deudor no puede ver encarecida la prestación. Por lo que, no hay problema alguno, en admitir que, para preservar la posición del deudor y que este no se vea perjudicado por la cesión, el deudor puede oponer al cesionario cualquier derecho de compensación que tenga contra el cedente y que se haya originado antes de la notificación o aceptación¹²⁵. De la misma manera, cabe hablar del derecho que tiene el deudor a ser compensado por los costes adicionales generados por la cesión (art. 9.1.8 Principios UNIDROIT, art. III-5:107 DCFR, art. 1.226 de la *Ordonnance* nº 2016-31).

También los créditos del cesionario pueden compensarse con los del acreedor en el marco de una asunción de deuda. Esta cuestión dependerá de si existe o no una sustitución completa de deudores o, por el contrario, una adición de los mismos¹²⁶.

25. De la misma manera, con el fin de preservar la transmisión integral de la posición contractual del cedido, y para no perjudicar a ninguna de las partes implicadas, es lógico que el cedente, ceda las garantías que aseguren el cumplimiento (principio de conservación de garantías) art. 1.109 Cc costarricense; art. 257.2º Cc

¹²⁵ J. OTIS RODNER, *loc.cit.*, p. 298.

¹²⁶ Así pues, en los casos en los que se produce la sustitución completa parece comúnmente aceptado que el nuevo deudor no puede invocar ningún derecho de compensación que tuviera el deudor originario (§ 417 BGB, art. 1.272 Cc italiano, art. 524.1 Cc polaco). En la sustitución incompleta parece lógico que el asumiente no pueda invocar ningún derecho de compensación, salvo si el nuevo deudor no procede al pago y el acreedor reclama subsidiariamente el pago al antiguo deudor. En cuyo caso, este podrá invocar su derecho. En el caso de incorporación de deudores y dado que existe una responsabilidad solidaria entre el nuevo deudor y el originario, cada uno de ellos podría compensar sus créditos propios con el acreedor. Para un análisis en profundidad, *vid.* A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *loc.cit.*, *en op.cit.*, pp. 1236-1238.

cubano; art. 1.692 Cc dominicano; art. 1.668 Cc hondureño, art. 2.725 cc nicaragüense, art. 1.280 Cc panameño y art. 1.418 Cc portorriqueño). Ahora bien, también es cierto que existe en derecho comparado un principio, según el cual no es posible dejar al tercero garante en una situación distinta y más perjudicial que aquella en la que prestó su garantía. Por lo que, en Derecho comparado es admitido que las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquellas (art. 1.439 Cc peruano y 1.640 Cc argentino).

26. Por su parte, los efectos de la cesión de obligaciones sobre las garantías prestadas por el deudor originario varían en función de que se presente, como en la cesión de créditos, una sustitución completa o incompleta, o una adición de deudores¹²⁷. Si existe sustitución completa y liberadora del deudor originario, implica la extinción de cualquier garantía personal o real que dicho deudor hubiera ofrecido al acreedor, salvo aceptación por parte del garante, sea el propio deudor originario o un tercero. Si es garante subsidiario está claro que las garantías han de seguir la misma suerte que la obligación principal para cuyo aseguramiento nacen. No parece de recibo que se extinguieran dichas garantías cuando no se ha extinguido la responsabilidad del deudor originario que aseguran (art. III-5:207 DCFR, art. 8.5.6 Principios OHADAC, art. 9.2.8 Principios UNIDROIT *a sensu contrario*). Por último, en los casos de responsabilidad solidaria, dado que la posición del deudor originario no se ve modificada y sigue siendo responsable, subsisten las garantías que aseguran su cumplimiento.

V. Conclusiones

27. La cesión del contrato cumple una importante función económica de vital importancia en el comercio internacional a cuya expansión ha contribuido, sobremanera, su progresiva aceptación en Derecho comparado. De hecho, cabe hablar de un conveniente triunfo y un viraje, incluso, en aquellos sistemas jurídicos que no reconocen expresamente dicha figura, hacia el “principio de unidad”, pues se compadece mejor con la voluntad de las partes y la funcionalidad económica del negocio.

Las diferencias en Derecho comparado abarcan y comprenden no solo al propio concepto o los requisitos a los que se somete su operatividad, sino también a los efectos que se derivan de la cesión. Tales diferencias evidencian la importancia que adquiere para las partes determinar el régimen legal del contrato (*lex contractus*); ley que determina, entre otras cuestiones, qué dispositivo jurídico canaliza la voluntad de las partes, qué relación se establece entre la transmisión del polo activo y del polo pasivo de las obligaciones del cedente al cesionario, los requisitos de validez del acuerdo de cesión, así como sus efectos.

28. Hemos evidenciado que, dado que la cesión de un contrato implica la trasmisión integral de la relación jurídica en el que intervienen tres sujetos, es recomendable y aconsejable que estas pacten y acuerden si esta puede tener lugar o no, la modalidad de cesión que debe producirse (liberación o no del cedente o su retención subsidiaria o solidaria), la intervención del cedido, así como la posición del cedente en la cesión. En

¹²⁷ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *loc.cit.*, *en op.cit.*, pp. 1239-1242.

cualquier caso, dicha voluntad ha de ser expresada de forma clara, manifiesta e inequívoca para evitar cualquier problema interpretativo, sobre todo, en aquellos casos en los que el contrato esté regulado por el Derecho norteamericano.

29. El estudio de Derecho comparado ha revelado también que constituye una exigencia unánime, salvo excepciones, que el cedido preste su consentimiento para que la cesión surta efectos. No obstante, en este ámbito hemos detectado ciertas carencias de regulación en Derecho comparado y transnacional en torno a cómo debe materializarse este. De la misma manera, es ampliamente aceptado que el cedido pueda intervenir en distintos momentos (antes, durante o después de concluido el contrato de cesión), aunque lo más recomendable es que preste su consentimiento de forma simultánea, pues aumenta considerablemente el éxito de la operación.

Ahora bien, comoquiera que el cedido puede intervenir en la cesión en distintos momentos, esta surtirá efectos en uno u otro momento dependiendo de cuándo el cedido emita su consentimiento. Si este es emitido *ex ante* a la celebración del acuerdo está bastante arraigada la idea de que la cesión será eficaz cuando la contraparte recibe la notificación del acuerdo. Convendría que tanto ordenamientos jurídicos como instrumentos transnacionales fueran más precisos en cuanto a quién, cómo y cuándo debe producirse esta.

30. También hemos detectado ciertas carencias en la regulación del régimen jurídico del contrato de cesión. Son pocos los sistemas que se ocupan de hacerlo, pues es unánimemente admitido que el contrato de cesión sigue la estela del contrato de cedido, aunque donde más diferencias hemos encontrado es en relación con la forma del contrato de cesión, lo que obliga a las partes a tomar todas las cautas posibles en este ámbito.

31. Por lo que a los efectos de la cesión se refiere, hemos evidenciado que en Derecho comparado el cedido es quien tiene la facultad de liberar al cedente, sin que, en principio, el cedente y cesionario puedan disponer nada al respecto. Sin perjuicio, de que las partes determinen la posición del cedente en el contrato propio de cesión, convendría que la mayoría de los sistemas, incluidos los Principios de Derecho contractual europeo y el Marco Común de referencia, optaran por instaurar un régimen de responsabilidad solidaria, como así lo han hecho los Principios OHADAC y la *Ordonnance* nº 2016-131. En cualquier caso, sería recomendable una mejor y más clara regulación de los efectos de la cesión del contrato.

Bibliografía

AA VV., *Principios de Derecho contractual Europeo. Parte II. Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo*, Edición: O. Lando y H. Beale, Madrid, Dykinson, 2008. AA VV., *Privity of Contract*, (R. Merking ed.), 2000, Londres-Hong Kong, LLP Reference Publishing, 2000. AA VV., *Comentarios a los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales*, <http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>, pp. 530-536. AA VV., *CHITTY ON CONTRACTS. General Principles*, (J. Chitty, A.G. Guest eds.), 27 ed., London, Sweet & Maxwell, 1994. M. A. ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho civil*, Granada, Comares, 1996. G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nell common law inglese*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2005. M. ANDREOLI, *La cesión del contrato*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1956. L. AYNÉS, *La cession de contrat*

et les opérations juridiques á trois personnes, París, Económica, 1984. N. BHADBHADE, *Contract Law in India*, 2ª ed., The Netherlands, Wolters Kluwer, Law & Business, 2012. D. J. BAKIBINGA, *Law of Contract in Uganda*, Kampala, Fountain Publishers, 2001. D. BARBERO, *Sistema istituzionale di Diritto privato italiano*, Milano, 1948. M. BOJINCĂ, "Contract of Assignment in the Current Regulation of Romanian Civil Code", *Recent Researches in Law Science and Finances*, 2013, en <http://www.wseas.us/e-library/conferences/2013/Chania/ICFA/ICFA-35.pdf>, pp. 236-241. F. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milán, Giuffré, 1950. R. CICALA, *Cessione del Contrato*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. 6, Milán, Giuffré, 1960. P. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Nápoles, 1946; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, pp. 318-319. A. CRISTÓBAL MONTES, "La cesión de contratos", *ADC*, 1968, pp. 851-890. G. CRIS, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, Cedam, 1990. J. DAVIS, "The Principle of Benefit and Burden", *CLJ*, 1998, pp. 522-553. G. DE NOVA, "La cessione del contratto", en *Trattato di Diritto Privado* (dir. P. RESCIGNO), Turín, UTET, 1982. L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II. Las relaciones obligatorias, 6ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2008. C. DE CORES HELGUERA, G. GANDOLFI, *Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía. De los contratos en general de la compraventa*, (C. Rogel Vide coord.), Madrid, Reus ed., España, 2009. M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, "La cesión de posición contractual", *Revista de Derecho PUCP. Facultad de Derecho*, núm. 33, 1978, pp. 39-64. H. DEMELIUS, *Vertragsübernahme in Jherings Jahrbücher*, vol. 72, 1922. L. ENNECERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, vol. II, Marburg, Recht der Schuldverhältnisse, 1932. A. ESPINELLA MENÉNDEZ, "La asunción de deudas", en AA Vv., *Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional* (S. Sánchez Lorenzo, Dir.), 2ª ed., Madrid, Cizur Menor, Thomson Civitas, pp. 1201-1248. M. FONTAINE, "Cláusulas de cesión", *La redacción de contratos internacionales: análisis de cláusulas*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2013. S. FREDERICQ, "La transmission des obligations en droit des assurances", en AA. Vv., *La transmission de obligations*, IX Journées Jean Dabin, Bruselas/París, L.G.D.J., 1980, pp. 342-367. G. FIGUEROA YAÑEZ, *La cesión del contrato y la asunción de deudas*, Editorial Jurídica de Chile, 1984. J. J. FORNER DELAYGUA, *La cesión del contrato*, Barcelona, Bosch, 1989. M. P. FURMSTON, "The Assignment of Contractual Burdens", *Journal of Contract Law*, vol. 13, 1998, pp. 42-50. I. Galvao-Teles, "La cession de contrat", *Rev.int.dr.com.*, 1951, Vol. 3 N°2, Avril-juin, 1951, pp. 217-237. M. GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964. J. GESTIN, *Les effets du contrat*, 3ª ed., Bruselas/París L.G.D.J., 2001. A. B. L. P. GOH YIHAN, *Contract Law in Singapore*, The Netherlands, Wolters Kluwer, Law & Business, 2012. P. JIMÉNEZ BLANCO, "El contrato a favor de tercero", en AA Vv., *Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional* (S. Sánchez Lorenzo, Dir.), 2009, Madrid, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2009, pp. 5531-567. J. KIRBY, "Assignments and Transfers of Contractual Duties: Integrating Theory and Practice", *VUWLR*, pp. 317-354; G. KLASS, *Contract Law in the United States*, The Netherlands, Wolters Kluwer, Law & Business, 2012. G. KODILINYE, M. KODILINYE, *Commonwealth Caribbean Contract Law*, London/New York Routledge, 2014. CH. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Estrasburgo, 1950. ID., "Cession de contrat", *Encyclopédie Dalloz de Droit civil*, I, pp. 375-377. C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. III, 16 ed., Madrid, Marcial Pons, 2015. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La cesión de contrato en el nuevo fuero", en RJ_15_I_11%20(1).pdf, pp. 169-181. E. MUÑIZ ESPADA, *Revisión crítica de la figura de la novación*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2011. K. H. NEUMAYER, "La transmission des obligations en droit comparé", en AA Vv., *La transmission de obligations*, IX Journées Jean Dabin, Bruselas/París, L.G.D.J., 1980, pp. 193-227. R. NICOLO, *L'adempimento dll'obbligato altrui*, Milán, Giuffré, 1939. F. MESSINEO, "Il contratto", en *Tratato di Diritto civile e commerciale* (dir. CICU-MESSINEO), Milán, Giuffré, 1972. J. M. MOUSSERON, *Tehnique contractuelle*, París, Lefebrevem 2ª ed, 1999. J. OTIS RODNER, "Cesión del contrato y los Principios Unidroit", en AA Vv. *Homenaje a José Melich Orsini*, ACPS Serie Eventos, n° 29, Caracas, 2012, pp. 228 ss. ID., "La cesión del contrato y los

Principios Unidroit”, *Boletín de la academia de ciencias políticas y sociales*, nº 151, 2012, pp. 296-301. O. Von GIERKE, *Deutschers Privatrecht, Schuldrecht*, Múnaco-Leipzig, vol. III. E. PEEL: Treitel, *The Law of Contract*, 12ª ed., London, Thomson. Sweet & Maxwell, London, 2007. S. PULEO, *La cessione del contratto*, 1939, Milán, Giuffré. J. G. RAFFRAY, *Les substitutions des contracts en cours d’ecécution du contrat*, Montpellier, 1997. S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “El Derecho contractual inglés”, en AA VV., *Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional (S. Sánchez Lorenzo, Dir.)*, 2ª ed., Madrid, Cizur Menor, Thomson Civitas, pp. 139-207. *ID.*, *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. E. SABATER BAYLE, “Notas sobre la cesión de contrato”, en AA VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, (A. Cabanillas Sánchez Coord.), t. II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1ª ed., Thomson-Civitas, 2003, pp. 2977-2990. G. SHALEV, I. LERER, *Contract Law in Israel*, The Netherlands, Wolters Kluwer, Law & Business, 2014. M. SÁNCHEZ GARCÍA, “La cesión del contrato en Colombia: una aproximación desde el Derecho Comparado”, en <http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/18/25>, pp. 79-101. J. G. RAFFRAY, *Les substituions de contrats en ous d’execution du contrat*, Montpellier, 1977. M. REQUEJO ISIDRO, *La cesión de créditos en el comercio internacional*, De conflicto Legum. Estudios de Derecho internación al privado, Universidad de Santiago de Compostela, 2002. J. L. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en Derecho español*, Madrid, ed. Constitución y Leyes, 2000. L. SERRANO AGUSTÍN, *El contrato por persona para designar y la cláusula de reserva de nombrar*, Madrid, Dikynson, 2011. G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1983, 46341. *Chitty on Contracts, General Principles*, 25 th ed., London, 1983. N. TORGA HERNÁNDEZ, “Primer acercamiento a la figura de cesión de contratos”, en <http://www.monografias.com/trabajos31/cesion-de-contratos/cesion-de-contratos/.shtml>. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LECQUET, *Droit Civil. Les Obligations*, 9ª ed., París, 2005. L. VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1955. P. VAN OMMESLAGUE, “La transmission des obligations”, en AA VV., *La transmission de obligations*, IX Jorunées Jean Dabin, Bruselas/París, L.G.D.J., 1980. A. ZACCARÍA, “Cessione del contratto e garanzie della sue validità”, *Riv.dir.civ.*, 1985-3, pp. 241-313. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)*, New York, Oxford University Press, 1996. M. ZHANG, *Chinese contract Law*, Leiden/Boston Martinus Nijhoff Publishers, 2006.