

LA CESIÓN DE DERECHOS

Felipe Osterling Parodi*
Mario Castillo Freyre**

1. CONCEPTO.— 2. DIFERENCIAS ENTRE LA CESIÓN DE DERECHOS Y LA CESIÓN DE DEUDAS.— 3. FORMAS DE LA CESIÓN DE DERECHOS.— 4. DERECHOS CEDIBLES.— 5. SUPUESTOS EN LOIS QUE NO ES POSIBLE LA CESIÓN.— 5.1. CUANDO SE OPONGA A NORMA LEGAL DE CARÁCTER IMPERATIVO O PROHIBITIVO. — 5.2. CUANDO SE OPONGA A LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN.— 5.3. CUANDO EXISTA PACTO CELEBRADO ENTRE EL ACREEDOR Y EL DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN POR EL CUAL SE PROHÍBA QUE EL ACREEDOR CEDA SUS DERECHOS A UNA TERCERA PERSONA, AJENA A LA RELACIÓN OBLIGACIONAL.— 6. ALCANCES DE LA CESIÓN DE DERECHOS.— 7. GARANTÍA DE EXISTENCIA Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO CEDIDO.— 8. GARANTÍA DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR. LÍMITES.— 9. MOMENTO DESDE EL CUAL PRODUCE EFECTOS LA CESIÓN.

1. CONCEPTO

Antes de emitir nuestra propia opinión sobre la cesión de derechos, consideramos conveniente, para ilustración del lector, reseñar el pensamiento de calificados tratadistas respecto a tan importante materia.

Colin y Capitant¹ señalan que por ser la obligación una relación entre dos personas que se manifiesta en un poder de disposición, concedido al acreedor respecto del deudor, y que le permite sujetar a éste a una prestación ventajosa para él, pareciera, por ello, que, naturalmente y por definición, la obligación no fuese susceptible de transmitirse de una persona a otra, ya activamente, ya pasivamente. Agregan los citados tratadistas, que esta idea de intransmisibilidad se presenta tanto más al espíritu cuanto que la obligación, en defecto de cumplimiento voluntario, se manifiesta por una coacción ejercida sobre la persona del deudor; coacción que ha producido durante mucho tiempo penas contra el deudor recalcitrante o insolvente, como fueron su muerte, su mutilación, su reducción a esclavitud o a una condición parecida a la esclavitud; por todo lo cual, las relaciones de obligación aparecían como constituidas esencialmente *intuitu personae*, entendiéndose que importaba al deudor tener

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

¹ COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo II, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, pp. 339 y 340.

frente a sí a un acreedor más compasivo, menos riguroso, y no a uno que fuese todo lo contrario. Añaden Colin y Capitant que, sin embargo, esta concepción, correspondiente a la de las sociedades primitivas, cedió el puesto a la contraria: la de la transmisibilidad de las obligaciones; eliminándose cada vez más de las relaciones de derecho, la personalidad del deudor y la del acreedor; razón por la cual la obligación, ya desde el punto de vista activo, ya desde el punto de vista pasivo, sólo es considerada hoy por su resultado, es decir, como un elemento del activo o del pasivo del patrimonio, como un valor, tan racionalmente transmisible como los otros valores, como los derechos reales, y, sobre todo, como la propiedad.

Afirma Roberto de Ruggiero² que el expediente a que recurrieron los romanos para hacer posible a quien tenía un crédito –sin extinguir ni novar la obligación– transferirlo a otra persona, consistió por largo tiempo en la institución de la representación procesal; la persona a quien el crédito se quería ceder se constituía en *procurator* o *cognitor* del cedente, se facultaba al representante para ejercitar el derecho en su propia ventaja y para retener para sí el importe de lo cobrado; agrega De Ruggiero que más tarde, para eludir los graves inconvenientes de esta institución -que no transfería irrevocablemente el crédito al *procurator*, sino en el momento de la *contestatio litis*-, se apeló al recurso de la concesión de la *actio utilis* al cesionario; en virtud de esta concesión, quedaba siempre titular de la obligación el acreedor; pero el ejercicio del derecho se transfería al cesionario, quien podía dirigirse, sin necesidad de previo mandato, con acción propia e independiente, contra el deudor cedido.

Así, según el citado tratadista, de estos procedimientos tortuosos, que llegaron en el período tardo del Derecho Romano a operar la sucesión a título particular en los créditos, no necesita el Derecho moderno. La transmisión del crédito a título singular, es un fin que se realiza directamente merced a un negocio jurídico especial, que es la cesión en sentido abstracto y técnico; siendo, a decir de De Ruggiero, en ambos sentidos, la cesión una forma de transmisión de los créditos, como lo es la *traditio* en orden a los derechos reales (por lo menos en lo que ésta puede realizar sus funciones en el Derecho actual); pero como quiera que la *traditio* debe tener una *iusta causa*, también la cesión debe basarse en una causa, ya que sin ella sería estéril; y como la cesión puede ser voluntaria y necesaria, según derive de una convención libre de las partes, o sea coactivamente impuesta por la ley, su causa será, en esta última, el precepto legal mismo, y en aquélla un negocio jurídico que podrá ser ya un acto a título gratuito (donación), ya un acto a título oneroso (compraventa, permuta), tanto la constitución de una relación obligatoria cuanto la resolución de una relación preexistente (pago). Consiste la cesión voluntaria, según De Ruggiero, en una convención entre el acreedor y un tercero, dirigida a transmitir y adquirir, respectivamente, el crédito, fundada en una *iusta causa*, que representa el fin económico de la transmisión; razón por la cual la cesión

² DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1944, pp. 195 y ss.

se considera en sí un negocio jurídico causal, distinto del negocio que le sirve de base.

Los profesores franceses Alex Weill y François Terré³ también hacen referencia a la evolución histórica de esta institución, coincidiendo con De Ruggiero en señalar que no es de antigua data. Entienden también que el Derecho Romano nunca la admitió por completo, habiéndose servido solamente de los paliativos de esta materia. Así, explican los profesores citados, que en primer lugar se tuvo el recurso para la novación por cambio de acreedor: el nuevo acreedor estipulaba el monto de la deuda, por el deudor; se extinguía la obligación que existía a favor del acreedor primitivo, obteniendo el nuevo acreedor un nuevo crédito; razón por la cual no había la transmisión de un crédito, sino la sustitución de un crédito por otro. A decir de dichos civilistas, desde entonces las garantías que pertenecían al antiguo acreedor no pasaban a manos del nuevo. Por otro lado, el deudor no podía oponer contra el nuevo acreedor las excepciones que podría haber hecho valer contra el anterior; precisan que, por lo demás, la operación exigía el consentimiento del deudor, el mismo que podía impedirla no respondiendo a la estipulación del nuevo acreedor; razón por la cual, la novación no cumplía el mismo papel que la cesión de créditos.

Weill y Terré entienden que el germen de la cesión moderna se encuentra en la *procuratio in rem suam*, que fue un segundo paliativo de la intransmisibilidad de los créditos, supuesto en el cual el acreedor ordenaba a un tercero -el cesionario- para que demandase judicialmente al deudor; y, dispensado el procurador para rendir cuenta, él podía conservar el pago que había obtenido. Pero consideran los autores citados que todavía era insuficiente el procedimiento, pues también implicaba la intervención necesaria del deudor, produciéndose la transferencia del crédito solamente por la *litis contestatio*, relacionando al procurador y al deudor. Hasta aquí el procurador era mandatario, expuesto a la revocación del mandato o a su caducidad después del deceso del mandante.

Según Weill y Terré, posteriormente se admitió la cesión por el simple convenio entre el cedente y el cesionario, adquiriendo este último derecho contra el deudor cedido desde el momento de la celebración del convenio, precisando que únicamente para respetar el principio de incesibilidad, se admitió que éste ejerciera la acción del cedente "bajo forma útil". Agregan esos profesores que un peligro acechaba aún al cesionario: ignorando el cedido sobre la cesión, podía pagar al cedente; asimismo, una Constitución de Gordiano asignó al cesionario el derecho de hacer una denuncia al deudor, para advertirle que él había adquirido el crédito, prohibiendo al deudor esta *denuntiatio* o notificación a fin de liberarse de manos del antiguo acreedor. A decir de dichos juristas, el mismo resultado se podía obtener en el Bajo Imperio, por un acuerdo entre el nuevo acreedor, o sea, el comprador del

³ WEILL, Alex y François TERRE. *Droit Civil. Les Obligations*. Paris: Précis Dalloz, 1986, cuarta edición, pp. 939- 941.

crédito, y el deudor, acuerdo por cuyos términos el deudor se comprometía a pagarle. Así, mientras mantenía teóricamente la intransmisibilidad de la obligación, el Derecho Romano no estaba lejos de haber empleado la cesión de créditos. Weill y Terré nos dicen que estas dos formalidades (denuncia y aceptación) pasaron al antiguo Derecho; pero que, sin embargo, con la influencia de las ideas feudales, la denuncia tomó un carácter particular, ya que, en la época, no se transmitía un derecho por el simple consentimiento, sino que se necesitaba de una formalidad especial, que por citar un ejemplo, en materia de propiedad de cosas corpóreas, era la tradición. Añaden los profesores citados que en materia de cesión de créditos, se hizo desempeñar el papel de la tradición a la notificación hecha por el comprador al deudor, lo que implicaba, en otros términos, que se realizaba la cesión entre las partes, al mismo tiempo que la hacía oponible a los terceros; de modo que la *Costumbre de París* disponía: "Simple transporte no tomado, falta notificar el transporte por parte". De este modo, aunque se hayan constituido así los mecanismos de la cesión del crédito moderno, la doctrina continuó, incluso en el siglo XVIII, negando la posibilidad teórica de transmitir una obligación.

Fue el Código Napoléon el que rompió con esta tradición, reconociendo y reglamentando la cesión de créditos, la misma que con la extensión del comercio, el Derecho moderno desarrolló conceptualmente y aumentó sus efectos, en especial con la creación de los títulos valores.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff⁴ la cesión es un contrato por el cual el acreedor anterior transmite un crédito a un nuevo acreedor, y, por su condición de contrato, es ineficaz la declaración unilateral de cesión si no es seguida de la aceptación.

Resulta sumamente importante la precisión que efectúan, cuando señalan que el contenido de este contrato es la transmisión del derecho de crédito; razón por la cual, la cesión no ha de confundirse con el contrato por el cual se asume una obligación de ceder, citando, por ejemplo, la venta del crédito. Verdad es que con frecuencia la cesión va unida externamente a este negocio básico (e incluso en la venta del crédito va implícito, por regla general, un contrato tácito de cesión), pero, aunque así sea, la cesión es un contrato abstracto; el convenio sobre el fin no forma parte, en modo alguno, del contrato de cesión; de donde se sigue que para probar la cesión basta demostrar que se ha declarado mutuamente la voluntad de ceder.

A decir de De Ruggiero,⁵ el efecto de la cesión es el de hacer entrar al cesionario en el lugar del cedente, sin cambio alguno en la primitiva obligación. Para Louis Josserand,⁶ cuando se cede un crédito, el adquirente, al que se llama cesionario, se coloca en el lugar del antiguo acreedor, el cedente; y así,

⁴ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y Martin WOLFF. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Tomo II, vol. I, Barcelona: Bosch, 1950, p. 382.

⁵ DE RUGGIERO, Roberto. *Op. cit.*, Tomo I, p. 203.

⁶ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II, vol. II, Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952, p. 642.

habiendo cambiado el titular del derecho, no cambia el derecho mismo, que continúa idéntico. A entender del profesor brasileño Antonio José de Souza Levenhagen,⁷ la cesión de crédito es un acto *inter vivos* por el cual alguien se priva de un derecho suyo, en beneficio de otro, o por el cual se transmite un crédito a un nuevo acreedor; siendo, por lo tanto, una operación jurídica consistente en transmitir un crédito de su titular a otro, correspondiendo, de esta manera, una transferencia de propiedad. Levenhagen cita, adicionalmente, las palabras de Clóvis Beviláqua, quien de manera más concisa la define como la transferencia que el acreedor hace de sus derechos a otro.

Según Jorge Joaquín Llambías,⁸ la cesión de crédito es un convenio por el cual el acreedor transmite voluntariamente sus derechos a un tercero que pasa a investir la calidad de acreedor, en sustitución de aquél. Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas⁹ acogen la definición que da De Gásperi sobre el particular. El autor paraguayo define a la cesión de créditos como "la convención por la cual el titular de un derecho creditorio, llamado cedente, por una causa conforme a la ley, como la venta, la dación en pago, la permuta o la donación, y sin necesidad de consentimiento del deudor, se obliga en favor de otra persona, llamada cesionario, a transferírsele con la fuerza inherente al título del cual resulta el crédito, y los derechos accesorios, con la facultad de ejercerlos en idéntica medida que él podría hacerlo, contra el deudor cedido."

De otra parte, el profesor colombiano Arturo Valencia Zea¹⁰ entiende que la cesión de crédito mediante transmisión voluntaria es un negocio jurídico de disposición, en virtud del cual un acreedor transmite su crédito a un nuevo acreedor, y es un negocio jurídico que se celebra entre dos personas: el cedente (titular del crédito) y el cesionario (adquirente del crédito). Los profesores franceses Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer¹¹ definen a la cesión de crédito como el contrato por el cual el titular actual o cedente, transmite un crédito a otra persona, es decir, al cesionario. Este último adquiere así los derechos que el cedente tenía contra el deudor, llamado deudor cedido.

Los profesores franceses mencionados nos hablan también acerca de la utilidad de la hipótesis más común de cesión: aquella que se produce a título oneroso, considerándola como un mecanismo que presenta múltiples ventajas. Señalan que es, en primer lugar, una operación muy útil para el acreedor actual, futuro cedente. Al estar compuestos los caudales esencialmente de créditos contra el Estado, las colectividades públicas, las sociedades, y de ser estos créditos a plazos, puede ocurrir que el titular de los mismos tenga

⁷ LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Código Civil. Comentários Didáticos. Direito das Obrigações*. Sao Paulo: Editora Atlas S.A., 1978, p. 195.

⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo II - B, Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, cuarta edición, p. 13.

⁹ CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo II, La Plata: Editorial Platense, 1986, pp. 7 y 8.

¹⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. De las Obligaciones*. Tomo III, Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988, p. 393.

¹¹ STARCK, Boris, ROLAND, Henri y Laurent BOYER. *Obligations*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1992, cuarta edición, pp. 7-9.

necesidad de dinero antes de su vencimiento. De esta forma, él podrá procurarse la disponibilidad de dinero inmediatamente, vendiendo su crédito antes que éste se vuelva exigible; a lo que se podría agregar que mediante la cesión, el acreedor se ahorra las eventuales molestias y gastos de un proceso de cobranza. Como otro argumento a favor de la cesión de créditos, Starck, Roland y Boyer señalan que también se observa una ventaja por el lado del futuro acreedor, es decir, el cesionario, quien puede buscar una nueva inversión (un crédito cuyo deudor sea solvente presenta plena garantía) o al contrario, especular o comprar por debajo del valor nominal un crédito dudoso. Los autores citados expresan, además, que de manera general, a semejanza de la compensación y de la novación, la cesión de créditos tiene por efecto simplificar las operaciones jurídicas; y como muy a menudo una persona es acreedora por un lado y deudora por otro, sin cesión de créditos esta persona debería hacer que le pague el primero y pagar al segundo; pero mediante la transferencia al deudor, el acreedor cederá el crédito del cual es titular contra un tercero, en pago de lo que él mismo debe; por lo que, en lugar de dos acciones una sola será suficiente. Por otro lado, agregan Starck, Roland y Boyer, que la institución tiene el mérito de facilitar la transferencia de deudas y de créditos comprendidos dentro de la universalidad, como se produce en el caso de la cesión de un fondo de comercio o de un negocio; señalan, por último, que la cesión de créditos actúa a manera de un seguro. En tal orden de ideas, Primus, deudor de Secundus, le cede a este último, sin estipular un precio, el crédito que tiene contra Tertius; teniendo Primus dos opciones: o bien Primus cumple con su compromiso y Secundus efectúa una retrocesión del crédito cedido, y eventualmente el dinero recibido si Tertius ha satisfecho el pago; o, por otro lado, Primus no ejecuta el pago y Secundus se hará pagar gracias al crédito retenido contra Tertius, caso en el cual se hablará de cesión de crédito fiduciaria.

La cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio constituido por la cesión de derechos. Los derechos comprenden no sólo los créditos, esto es, los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino toda clase de derechos patrimoniales transferibles, siempre que no tengan por ley un procedimiento de transmisión distinto.

Por otra parte, en la cesión de derechos tenemos, necesariamente, la intervención de tres sujetos:

- (a) El acreedor, quien va a ceder su derecho. A esta parte se le denomina "cedente".
- (b) El deudor, cuya obligación va a cederse en favor de una tercera persona. Al deudor se le denomina "cedido".
- (c) El tercero, ajeno a la relación obligacional, a quien el cedente va a ceder sus derechos respecto al deudor. A este tercero se le denomina "cesionario".

La cesión de derechos tiene como característica fundamental el ser un acto de disposición, pues importa variar la conformación del patrimonio del acreedor de la obligación cuya exigibilidad se cede.

El artículo 1206 del Código Peruano establece, adicionalmente, en su segundo párrafo, que la cesión podrá hacerse inclusive sin el asentimiento del deudor, lo que implica que puede hacerse, aun, con la negativa de éste.

Cabe mencionar que el contrato por el cual se cede un derecho podrá realizarse tanto a título gratuito como a título oneroso. La ley omite hacer mención sobre este particular, porque ello es obvio.

Aquí deseamos señalar que algunos autores contemporáneos observan que la circulación de créditos presenta algunos peligros. Así, Starck, Roland y Boyer¹² expresan que las necesidades del cedente pueden ser explotadas, y el acreedor, presionado por la necesidad de dinero, cederá su crédito a bajo precio; agravándose este inconveniente cuando el crédito es dudoso o litigioso, lo que podrá conducir a un cedente que ignore sus derechos, a correr el riesgo de deshacerse de un crédito a precio muy inferior de su valor real. Agregan los autores citados que, sobre todo en estas circunstancias, el deudor cedido se expone a ser entregado a un nuevo acreedor, mucho más despiadado que el primero; el nuevo cesionario acosará al deudor y utilizará todos los recursos de este enredo, lo que equivale a decir, en palabras de los profesores franceses, que en resumen, el deudor perderá mucho con el cambio de acreedor.

Por nuestra parte, debemos decir que las expresiones de los civilistas franceses citados son, por demás, exageradas y carecen de fundamento.

2. DIFERENCIAS ENTRE LA CESIÓN DE DERECHOS Y LA CESIÓN DE DEUDAS

Por último, nos corresponde establecer las diferencias existentes entre la cesión de derechos y la cesión de deudas. Esta figura, que no resultó ajena en otros tiempos a la legislación nacional, difiere de la cesión de derechos en cuanto aquélla importa la transferencia del elemento pasivo que existe en toda obligación, representando, en buena cuenta, el otro aspecto de la negociabilidad en esta materia. Por tal razón, para que la cesión de derechos produzca efectos no será necesario contar con el asentimiento del deudor cedido -al que sólo es necesario comunicársela fehacientemente-; mientras que en la cesión de deudas, será indispensable que el acreedor se manifieste conforme, exonerando al deudor primitivo. A decir de Héctor Lafaille,¹³ se encuentra mayor facilidad para la cesión del aspecto activo de la obligación que para el pasivo, pues si el cambio de acreedor suele ser indiferente, no lo es el

¹² STARCK, Boris, ROLAND, Henri y Laurent BOYER. *Op. cit.*, p. 9.

¹³ LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Tomo VI, vol. I, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, S.R.L., 1943, p. 253.

reemplazo del obligado, ya que en el patrimonio de aquél significa la seguridad para el cumplimiento. A entender de Lafaille, tales razones explican, asimismo, los mayores obstáculos que a través de la Historia ofreció el traspaso de deudas, aunque fuera muy larga y accidentada la evolución que condujo a la transferencia de los créditos.

Se trata, en suma, de definir la cesión -conforme lo hace la doctrina uniforme- como la renuncia o transmisión, gratuita u onerosa, que se hace de una cosa, crédito, acción o derecho a favor de otra persona. Y de dejar establecido, además, que ella puede efectuarse por venta, permuta, donación, legado o cualquier otro título eficaz.

Aquí aclaramos, por último, que el Código Civil Peruano contempla como única forma de transmisión de las obligaciones a la cesión de derechos. No ha previsto la cesión de deudas, pero tampoco la ha prohibido, razón por la cual no existiría inconveniente para que las partes haciendo uso de su libertad contractual, conviniesen una cesión de deudas, sin pasar, necesariamente, por una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, o una en la modalidad de expromisión.

Finalmente debemos expresar que consideraríamos conveniente modificar el texto actual del artículo 1206 del Código Civil Peruano, relativo al concepto de la cesión de derechos, ya que el mismo es limitativo y pareciera, a pesar del propósito del legislador de 1984, que lo único que se puede ceder es el derecho a exigir o a hacer efectivo un crédito, lo que, más allá de perfeccionar el lenguaje en relación al Código Civil de 1936, no constituiría un avance significativo.

Sobre la base de nuestra propuesta, especificamos que pueden cederse además diversos derechos para los que la ley no establece un procedimiento específico de transmisión, con lo que creemos que debería complementarse el actual texto del precepto.

Así, el artículo 1206 podría quedar con el siguiente tenor:

Artículo 1206.- "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. A través de la cesión también se pueden transmitir derechos cuya forma, para hacerlo, no esté prevista de manera específica por algún precepto legal.

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor."

(Las palabras subrayadas son las que se proponen agregar al precepto).

3. FORMA DE LA CESIÓN DE DERECHOS

Al tratarse de un acto de importancia no sólo para quienes celebran el contrato de cesión de derechos (acreedor o cedente y tercero o cesionario), sino también para una persona ajena a dicha convención (el deudor o cedido), el artículo 1207, primer párrafo, del Código Civil, exige que dicho acto se concierte por escrito, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que en este caso la formalidad es *ad solemnitatem* y no *ad probationem*.¹⁴

Creemos que en este punto resulta necesario aclarar un aspecto muy importante del Código Civil de 1984.

El Código Civil Peruano de 1936 algunas veces establecía para la celebración de un acto jurídico la necesidad de escritura pública, pero el intérprete quedaba en la duda de si la formalidad prevista por la ley era *ad probationem* o *ad solemnitatem*. El caso típico era el precepto consignado en las formalidades para transigir, esto es el artículo 1308 de ese Código, que aludía a la escritura pública, suscitando el gran debate de si tal exigencia era *ad probationem* o *ad solemnitatem*. En el caso del contrato de mutuo, el artículo 1585 de dicho cuerpo legislativo prescribía que, cuando su valor pasaba de S/. 500.00, debía constar por escrito. Obviamente este precepto siempre se interpretó como *ad probationem*. En el caso de la donación de bienes inmuebles, el tercer párrafo del artículo 1474 del Código de 1936 disponía que debía hacerse por escritura pública. Esta norma siempre se interpretó como *ad solemnitatem*, es decir, como una formalidad necesaria para la validez del acto jurídico.

El Código Civil de 1984 ha optado por una solución más lógica. Cada vez que exige escritura pública o formalidad escrita, consigna los términos "bajo sanción de nulidad", cuando es *ad solemnitatem*. Si no usa esta última expresión, o sea "bajo sanción de nulidad", la forma es *ad probationem*. Así se han aclarado definitivamente las dudas que suscitaba el Código Civil de 1936.

El segundo párrafo del citado artículo 1207 del Código Civil Peruano de 1984 es reiterativo, al señalar que cuando el acto o contrato que constituya el título de la transferencia del derecho constase por escrito, este documento servirá de constancia de la cesión.

Un primer sentido del segundo párrafo del precepto sería que la cesión de derechos no esté constituida en virtud de un acto en el que exclusivamente se trate acerca de dicha cesión, sino que, por el contrario, la cesión pactada constituya simplemente pacto adicional de otro acto jurídico celebrado.

Para ilustrar lo expuesto vamos a citar un ejemplo.

Supongamos que el acreedor de una obligación determinada celebra un contrato de compraventa por escrito con un tercero, ajeno a la obligación que

¹⁴ A este respecto, ver también LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, Tomo II - B, p. 17.

aquél tiene constituida con anterioridad. En virtud de este contrato el acreedor de la obligación originaria compra una casa al tercero, pero estipula que el pago del precio se hará efectivo a través de la cesión del derecho de cobrar una obligación al deudor originario que tiene el acreedor (comprador).

En este ejemplo, el acreedor originario será cedente, a la vez que comprador; mientras que el tercero vendedor, será a la vez cesionario del derecho; y, por último, el deudor de la relación obligacional originaria será el cedido.

Como el contrato de compraventa, dentro del cual se inscribe una cláusula de cesión de derechos, consta por escrito, bastará con este documento para probar la existencia de la cesión.

Un segundo sentido sería que esta parte del artículo se refiera al supuesto de que en un contrato original se agregue luego una anotación por la que conste la cesión de derechos. Pero esta hipótesis, como la anterior, es superflua, pues la anotación constituiría la constancia por escrito.

Como vemos, el segundo párrafo del artículo 1207 aporta muy poco en relación al primer párrafo del precepto, razón por la cual consideramos innecesaria su presencia.

4. DERECHOS CEDIBLES

Pueden ser materia de cesión de derechos, todos aquellos que la ley no prohíba ceder.

En consecuencia con este principio el artículo 1208 del Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 1208.- "Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa."

En relación a lo expresado, los derechos materia de cesión podrán revestir dos caracteres distintos:

- (a) Derechos sobre los que no existe ninguna controversia judicial, arbitral o administrativa. Es el caso de los derechos sobre los cuales el titular de los mismos no tiene ningún problema que pudiera afectar en el futuro su tranquila y pacífica pertenencia y ejercicio.

A este respecto, Llambías¹⁵ elabora una interesante relación de los créditos cedibles, señalando que, en principio, todos los créditos pueden ser cedidos, comprendiendo en ese marco, entre otros, los créditos

¹⁵ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, Tomo II - B, pp. 22 a 24.

condicionales o a plazo que pueden ser el objeto de una cesión. Señala el mencionado autor que en cuanto a estos últimos no podía haber duda alguna, porque ya tienen existencia actual y componen en esta calidad el patrimonio del acreedor, aunque está por ahora postergada su exigibilidad; y en cuanto a los créditos condicionales, observa Llambías que son igualmente transmisibles en su existencia eventual. Dentro de la relación aludida, Llambías también comprende a los créditos aleatorios, como los provenientes de un contrato de renta vitalicia, la cesión de clientela que hace un comerciante, la venta de llave de un fondo de comercio, etc.; los créditos referentes a cosas futuras, como los frutos naturales o civiles de un inmueble, que pueden igualmente ser cedidos con anticipación, y advierte el tratadista citado que de esta categoría es la cesión de los derechos del comprador de un departamento en construcción, que es una cosa futura; los créditos que podrían resultar de convenciones aún no concluidas, como también los que resultaren de convenciones ya concluidas. Llambías entiende que los primeros son créditos eventuales, y en ese carácter pueden cederse, mientras que los segundos, derivados de los contratos, son típicamente cedibles, independientemente de toda aprobación del deudor cedido; y, por último, señala Llambías a los créditos emergentes de una obligación natural, los mismos que pasarán al cesionario con su misma índole.

- (b) Derechos sobre los cuales existe controversia judicial, arbitral o administrativa.

Dentro de esta categoría se incluyen los derechos enunciados en el artículo 1208.

La cesión de algún derecho sobre el cual exista controversia pendiente tendrá lugar por diversos motivos. Uno de ellos podría ser la voluntad del acreedor cedente de liberarse de la relación obligacional y del seguimiento y supervisión del trámite en el que se ventila dicha controversia. Pero el motivo más importante podría ser el de no estar a las resultas de un proceso que puede ser exitoso o no.

Consideramos pertinente preguntarnos si es que pueden cederse derechos en una controversia judicial o arbitral donde hay reconvencción. Nosotros creemos que sí se podría, pero entendiendo que a las resultas del proceso, vale decir, a la posibilidad de cobrar al deudor (la otra parte), así como a la posible obligación que surgiría para el cedente si se declara fundada la reconvencción.

Por otra parte, habría que descartar la cesión de derechos cuando la controversia sea *intuitu personae*. Esto resulta obvio.

En el caso de una cesión de derechos litigiosos, sólo se requeriría poner en conocimiento del juez que conoce de la causa dicha cesión, la misma

que deberá ser comunicada o notificada a la otra parte, si ésta no ha manifestado previamente su asentimiento. Los mismos principios se aplicarían para la cesión de derechos en un proceso arbitral o administrativo.

Antes de concluir estos comentarios, debemos expresar que tales cesiones serían *res inter alios acta*, vale decir, que sólo surtirían efectos entre las partes que las celebraran, sin afectar los derechos de terceros.

Se trataría, por lo demás, de cesiones atípicas, poco usuales. Estarían sujetas a plazo suspensivo, determinado éste por la expedición de la resolución definitiva.

5. SUPUESTOS EN LOS QUE NO ES POSIBLE LA CESIÓN

El artículo 1210 del Código Civil Peruano establece tres supuestos en los cuales la cesión de derechos no se encuentra permitida. Ellos son los siguientes:

5.1. Cuando se oponga a norma legal de carácter imperativo o prohibitivo

Con este supuesto coinciden la gran mayoría de autores. Así, Roberto de Ruggiero¹⁶ menciona numerosos créditos que son incedibles en virtud de prohibiciones legales. En la legislación italiana existen determinadas prohibiciones de carácter objetivo que hallan su razón de ser en la tutela y protección de los servicios públicos, las que impiden la cesión de créditos de los concesionarios contra el Estado, y la de los créditos por estipendios y pensiones de los funcionarios públicos o de otras entidades de carácter público, salvo la facultad concedida al empleado de ceder no más del quinto. Adicionalmente, establece el autor citado, que tienen, en cambio, valor relativo, por referirse solamente a determinadas personas, otras prohibiciones que impiden la cesión de créditos de personas sujetas a la patria potestad, a quienes ejercen ésta y las que impiden dicha cesión por razón de la particular relación en que se hallan deudor y cesionario, y tales prohibiciones tienden, de una parte, a proteger al deudor contra los abusos y coacciones que el cesionario podría cometer fácilmente en su persona, y de otra, a sustraer tal relación (que frecuentemente tiene carácter público) a la posibilidad de ser objeto de interesadas maquinaciones. Son estas prohibiciones las que se refieren al tutor y al protutor, imponiéndoles el no aceptar la cesión de créditos del menor e interdicto, y por extensión la de comprar, a que hace referencia el artículo 1457 del Código Civil Italiano de 1942. La prohibición impuesta a los padres, curadores, administradores públicos, de hacerse cesionarios de los créditos de los hijos, de los menores emancipados, de los inhabilitados, de los municipios y establecimientos públicos cuya administración les compete; la

¹⁶ DE RUGGIERO, Roberto. *Op. cit.*, Tomo I, pp. 200-202.

prohibición impuesta a los jueces y otros funcionarios de la administración de justicia, a los abogados y a los notarios, de ser cesionarios de *litis*, créditos y acciones litigiosas cuyo conocimiento compete a la autoridad judicial de que forman parte o en cuya jurisdicción ejercen sus funciones, a no ser que se trate de acciones hereditarias entre coherederos o de cesiones para satisfacción de créditos o para defensa de los bienes poseídos.

Por su parte, Domenico Barbero¹⁷ señala que, aunque la cedibilidad no esté excluida respecto del crédito como tal (objetivamente), puede excluírsele en relación a ciertas personas (subjetivamente), a quienes se les ha impuesto una prohibición de hacerse adquirentes de ella, colocando como ejemplos a los magistrados, los funcionarios, los oficiales judiciales, los abogados, procuradores y patrocinadores, los notarios, en cuanto a los créditos sobre los cuales ha surgido controversia ante la autoridad judicial de la cual forman parte o en cuya jurisdicción despliegan sus funciones; sin poder hacerse adquirentes tampoco de ellos, naturalmente, por persona interpuesta, bajo conminación de la nulidad de la adquisición y de los daños provenientes de ella.

Finalmente, Jorge Joaquín Llambías¹⁸ señala, como casos de créditos incedibles en Argentina, aquellos en que la cesión es incompatible con la índole peculiar de la obligación, recordando, por ejemplo, que no es cedible un crédito por medianería si se retiene el dominio del inmueble que originó la obligación *propter rem*.

5.2. Cuando se oponga a la naturaleza de la obligación

Consideramos que podrían comprenderse dentro de esta segunda prohibición de cesión de derechos, a dos categorías distintas.

Por un lado, las obligaciones *intuitu personae*, vale decir, aquellas que tienen un carácter estrictamente personal, en consideración a la persona del deudor o, incluso, del acreedor.

Por otra parte, las obligaciones o créditos que surgen de una relación personal determinada intransferible -o, como dice De Ruggiero, relación familiar-, o que se quiere que sean intransmisibles por aquellas personas que las crearon (relación social en algunos casos). A entender de De Ruggiero,¹⁹ son de este género los créditos alimentarios, los de la viuda durante el año de luto, los que corresponden al socio contra la sociedad; no siendo tampoco cedibles los créditos que varían de naturaleza al cambiar de acreedor, ni aquellos en los que la persona del acreedor es elemento esencial del vínculo, de tal modo que se presuma que el deudor no hubiera contraído la deuda con

¹⁷ BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo III, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967, pp. 293 y 294.

¹⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, pp. 24 y 25.

¹⁹ DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, p. 200.

otro; en esta categoría figuran muchas de las obligaciones que tienen por objeto un *facere*. Agrega el citado autor que de la inseparabilidad de lo accesorio de lo principal deriva la falta de idoneidad objetiva de los créditos accesorios (como la fianza) para ser cedidos independientemente del crédito principal. En tal sentido, Llambías²⁰ entiende que son acciones referentes a derechos inherentes a la persona, aquellas cuyo ejercicio está influido por la apreciación de un interés moral; razón por la cual, no cabe negociar esa clase de créditos, porque repugna a la índole del interés moral la especulación del acreedor.

5.3. Cuando exista pacto celebrado entre el acreedor y el deudor de la obligación por el cual se prohíba que el acreedor ceda sus derechos a una tercera persona, ajena a la relación obligacional

Con referencia a este tema, Domenico Barbero²¹ señala que, independientemente de la naturaleza del objeto de la obligación, o de la inexistencia de cualquier prohibición legal, la cedibilidad puede excluirse negocialmente, es decir, por voluntad de las partes. En tal orden de ideas, Llambías²² reseña como ejemplos de obligaciones incedibles por convenios de las partes, a los documentos no negociables, los pasajes de tren, avión y barco.

Dentro de este último supuesto, el Código nacional establece que el pacto por el cual se prohíbe o restringe la cesión, es oponible por el deudor en dos casos: (1) al cesionario de buena fe (aquel que desconocía la existencia de la cesión), si constase dicha prohibición en el instrumento por el que se constituyó la obligación; (2) si se prueba que el cesionario conocía la prohibición o restricción al tiempo de concertarse la cesión de derechos.

Debe entenderse que este segundo caso no constituiría una hipótesis en que el cesionario hubiera actuado de buena fe, ya que, tal como se establece en la última parte del segundo párrafo del artículo 1210, se le podría oponer la excepción de incesibilidad si se probase que tal cesionario conocía, al tiempo de celebrarse la cesión de derechos, la existencia de la prohibición.

6. ALCANCES DE LA CESIÓN DE DERECHOS

El primer párrafo del artículo 1211 del Código Civil Peruano, determina los elementos comprendidos dentro de la cesión de derechos, salvo que se pacte en contrario. Estos son los siguientes:

- (a) Los privilegios, entendiéndose como tales las órdenes de prelación para el cobro de una deuda o para la ejecución de alguna garantía.

²⁰ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, Tomo II - B, p. 26.

²¹ BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, Tomo III, p. 293.

²² LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, Tomo II - B, p. 25

- (b) Las garantías reales (prenda, anticresis o hipoteca).
- (c) Las garantías personales (fianzas).
- (d) Los derechos accesorios del derecho cedido, vale decir, todos aquellos que se hubiesen constituido al amparo de aquel derecho.

Para el caso en que el derecho cedido estuviese garantizado por una prenda, de acuerdo con el supuesto del segundo párrafo del artículo 1211, podríamos deducir hasta tres posibilidades:

- (a) Que el bien dado como garantía pignoratícia se encuentre en poder del acreedor, caso en el cual éste deberá entregarlo al tercero-cesionario.
- (b) Que el bien dado como garantía pignoratícia se encuentre en poder de una persona distinta del acreedor y del tercero-cesionario, vale decir, que se encuentre en poder de otro tercero, caso en el cual dicho tercero no deberá entregarlo al cesionario, sino que permanecerá como tenedor del mismo.
- (c) Que el bien dado como garantía pignoratícia se encuentre en poder del tercero-cesionario, caso en el cual tampoco habrá necesidad de entrega alguna, pues lo vendría poseyendo justamente quien lo requiere para asegurarse el cumplimiento de la obligación del deudor-cedido.

7. GARANTÍA DE EXISTENCIA Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO CEDIDO

Cuando un acreedor-cedente cede un derecho en favor de un tercero-cesionario, se encuentra obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto.

El artículo 1212 del Código Civil Peruano comprende dos supuestos:

- (a) La garantía de la existencia de la obligación, vale decir, que la obligación que se está cediendo realmente haya surgido para el Derecho en un determinado momento, y que no se encuentre extinguida por cualquiera de las formas previstas por la ley.

Roberto de Ruggiero²³ nos dice que es muy importante, en este caso, la obligación que incumbe al cedente, ya que la ley le impone garantizar al cesionario la subsistencia del crédito o derecho cedidos al tiempo de verificarse la cesión, o, como suele decirse, la *veritas nominis*; es esta obligación inherente al negocio jurídico que estudiamos, y que se entiende asumida aun cuando la cesión se haga sin garantía. Pero agrega el citado autor que como quiera que esta obligación no deriva de

²³ DE RUGGIERO, Roberto. *Op. cit.*, Tomo I, pp. 203 y 204.

la cesión en sí, sino del negocio causal, para la existencia de dicha obligación es decisiva la naturaleza del negocio-base de la cesión; la habrá siempre que se dé la responsabilidad por evicción; mientras que si la cesión se hace *donationis causa*, se aplicarán las normas reguladoras de la garantía por evicción en las donaciones, y como el donante no está, por regla general, obligado a prestarla, salvo en los casos previstos por la ley, análogamente ocurrirá con respecto a la garantía de la subsistencia del crédito. A decir de Colin y Capitant²⁴, el cedente, cuando el contrato no contiene ninguna cláusula expresa relativa a la garantía, debe garantizar al cesionario la existencia del crédito, pero no la solvencia del deudor cedido, lo que será conforme a la voluntad de las partes; ya que con mucha frecuencia, el que cede un crédito -que por lo general lo hará por un precio inferior a su valor nominal-, lo hace precisamente para evitar las eventualidades del cobro posterior de tal crédito, quedando el cesionario pagado por el riesgo que corre con la prima que procede de la diferencia entre el valor del crédito y el precio de la cesión.

- (b) La garantía de la exigibilidad del derecho cedido, entendida esta exigibilidad no como el cobro efectivo de la prestación, sino como la posibilidad legal de exigir su cumplimiento (independientemente de si dicha exigibilidad tenga éxito o no). Esta posibilidad legal está referida, concretamente, al hecho de que la obligación no haya prescrito, pues de haber ocurrido esta situación, simplemente dejará de ser exigible. Esta garantía se reduce a que pueda demostrarse la existencia de la obligación y que su cumplimiento sea posible.

Debe señalarse, adicionalmente, que el referido artículo 1212 admite el pacto en contrario de estas dos obligaciones impuestas al acreedor-cedente.

En nuestro Tratado de las Obligaciones²⁵ considerábamos que no debería permitirse la estipulación en contrario del deber de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, pues tal pacto podría prestarse a la comisión de fraudes. Citábamos como ejemplo el de un acreedor que ha condonado una deuda y luego procede a ceder su derecho a un tercero, preguntándonos si ¿no estaría cometiendo un fraude? Decíamos que la respuesta afirmativa se imponía; y, justamente, estas situaciones nunca deben ser permitidas por la ley, pues en este caso, incluso, se llegaría a configurar -en el campo del Derecho Penal- un acto delictivo. De ahí que incluso llegáramos a proponer una eventual modificación legislativa del artículo 1212, la misma que pasase por prohibir el pacto en contrario en estos casos.

Sin embargo, con el paso de los años hemos advertido que, si bien eran

²⁴ COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Op. cit.*, Tomo II, pp. 351 y 352.

²⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, p. 534.

fundados nuestros temores, podrían haber casos en los que -honestamente- el cedente no tuviese la seguridad de que el derecho que desea ceder existe o es exigible. Ello, por las más variadas razones, como podrían ser, sólo a título de ejemplos, el olvido, el desconocimiento de la realidad por tratarse de un derecho heredado, la pérdida de los recibos, el extravío de eventuales cartas notariales cursadas para interrumpir la prescripción, etc.

Resulta evidente que en estos casos sería de extrema pertinencia el pacto en contrario, pues afirmar o garantizar algo que a uno no le consta resultaría no sólo imprudente, sino temerario. En tal virtud es que estimamos correcto el tenor del citado numeral.

8. GARANTÍA DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR. LÍMITES

Si bien el artículo 1212 del Código Civil Peruano impone al acreedor-cedente la obligación de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto en contrario, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor en los términos previstos por el artículo 1213 de dicho Código, cuyo texto es el siguiente:

"El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto."

Es entonces posible, conforme a lo dispuesto por la ley peruana, que el acreedor-cedente garantice expresamente la solvencia del deudor-cedido. Como dice Roberto de Ruggiero,²⁶ el cedente no está nunca obligado a garantizar la solvencia del deudor, o, como se suele decir, la *bonitas nominis*; pero si por pacto expreso fue establecido lo contrario, responderá. Esto es lo que Colin y Capitant²⁷ denominan las cláusulas extensivas de garantía, a través de las cuales el cedente garantiza expresamente al cesionario, no solamente la existencia del crédito, sino también la solvencia del deudor, estando el alcance de esta cláusula restringido por la ley desde dos puntos de vista. Como dicen los autores citados, el cedente que ha garantizado la solvencia se obliga "solamente hasta lo que importa el precio que ha obtenido por el crédito". He cedido por 40,000 francos un crédito de 60,000 con garantía de solvencia - dicen los autores citados-. Si el deudor cedido es insolvente, sólo deberé reembolsar al cesionario 40,000 francos, y no 60,000, pues la ley no prevé la cláusula contraria; añaden que este silencio, como es intencionado, equivale a la prohibición de una estipulación que obligaría al responsable de la solvencia al pago del crédito por todo su valor nominal; apareciendo semejante estipulación, en efecto, como ilícita en sí misma, pues serviría para burlar la prohibición del préstamo usurario.

²⁶ DE RUGGIERO, Roberto. *Op. cit.*, Tomo I, p. 204.

²⁷ COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Op. cit.*, Tomo II, pp. 352 y 353.

Señalan además los profesores citados que, cuando el cedente ha prometido la garantía de solvencia del deudor, esta promesa sólo se extiende a la solvencia actual, y no se extiende a la futura, si el cedente no lo ha estipulado expresamente; caso en el cual, el responsable de la solvencia sólo responde del presente, pero no de la insolvencia que sobrevenga posteriormente. Esta segunda restricción descansa únicamente en la interpretación de la intención probable del cedente; viéndose que de este modo la ley autoriza la cláusula contraria, aquella en virtud de la cual el cedente garantizará a la vez la solvencia actual y la solvencia futura, la misma que se llama cláusula de suministrar y hacer valer (*fournir et faire valoir*), y que convierte al cedente en fiador del cedido. Según Colin y Capitant, en la hipótesis de una cláusula de este género, el cesionario no podrá, en principio, ejercitar su acción contra el cedente hasta haber hecho excusión de los bienes del cedido, pues sólo entonces tendrá la certidumbre de su insolvencia; pero no cabe duda de que el contrato podrá autorizarle a proceder contra el cedente después de una simple negativa de éste de pagar al vencimiento. Si esta fuere la situación, dicho acreedor, en aplicación del citado artículo 1213 del Código Civil quedaría obligado a lo siguiente:

- (a) A responder dentro de los límites de cuanto hubiese recibido por parte del tercero-cesionario. Esto quiere decir que dicho acreedor deberá devolver al cesionario todo aquello que este último le hubiese pagado (de ser el caso).
- (b) A pagar al cesionario los intereses devengados por los preceptos mencionados en el punto anterior.
- (c) A reembolsar al cesionario los gastos que hubiese efectuado éste con motivo de la celebración del contrato de cesión de derechos; comprendiéndose dentro de este rubro a los gastos directa o indirectamente ocasionados por la celebración del contrato.
- (d) A reembolsar al cesionario los gastos en que hubiese incurrido para exigir judicial o extrajudicialmente la deuda.

Naturalmente, todas las obligaciones mencionadas regirán a falta de pacto en contrario. En tal sentido, cedente y cesionario tendrán la más amplia libertad para modelar su relación contractual.

Cabe reparar que, aunque los casos no son iguales, la solución del artículo 1213 del Código Civil Peruano difiere de la del segundo párrafo del artículo 1283 -relativo a la novación subjetiva en la modalidad de delegación-. En este último supuesto se sanciona el error o el dolo del que fue víctima el acreedor al efectuarse la delegación, manteniendo la responsabilidad del deudor primitivo y de sus garantes. Entendemos que debería haberse previsto similar solución en el caso del artículo 1213, respecto al antiguo acreedor, esto

es al cedente, pues podría ocurrir que tal cedente conociera que el deudor es insolvente y, de manera dolosa, indujera a un tercero a aceptar la cesión del derecho. La ley no puede proteger esta clase de fraudes. Aquí podría darse - incluso- la hipótesis del pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Además, cabe reflexionar sobre el sentido de la norma, cuando prevé, para el caso en que se garantiza la solvencia del deudor, el pago de intereses. Consideramos que el pago de intereses sólo será posible en aquellas obligaciones que consistan en dinero o sean fácilmente valorables patrimonialmente. En cambio, existiría una enorme dificultad para el caso de muchas obligaciones de hacer y la casi generalidad de las obligaciones de no hacer.

Adicionalmente, consideramos necesario dejar establecido que las soluciones al tema contempladas por el artículo 1213 del Código nacional, se tendrían que adoptar de acuerdo con la buena o mala fe del cedente; con la buena o mala fe del cesionario; y teniendo en cuenta si la cesión se efectuó a título gratuito o a título oneroso.

9. MOMENTO DESDE EL CUAL PRODUCE EFECTOS LA CESIÓN

Consideramos que sobre el tema del momento desde el cual produce efectos la cesión, contenido en el artículo 1215 del Código Civil Peruano, existen dos corrientes interpretativas. Vamos a exponer cada una de ellas, transcribiendo previamente dicho numeral:

"La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente."

Una primera sostiene que es característica importante de la cesión de derechos la circunstancia de que ella no requiere para su validez y eficacia de la aceptación del deudor cedido, sino de la concurrencia de dos elementos:

- (a) Del contrato de cesión de derechos celebrado entre el cedente y el cesionario.
- (b) De la comunicación de la celebración de dicho contrato al deudor-cedido.

Y una segunda afirma que para la validez se requiere, además de los dos elementos anteriores, de la aceptación del deudor-cedido. Sin embargo, por nuestra parte consideramos claro que sólo la primera interpretación es la que reviste pertinencia.

Como dice Roberto de Ruggiero,²⁸ si bien la convención obliga al cedente frente al cesionario, no produce sus efectos frente al deudor cedido,

²⁸ DE RUGGIERO, Roberto. *Op. cit.*, Tomo I, p. 18.

quien ignorando la cesión puede pagar a su acreedor originario con pleno efecto liberatorio; la cesión es *res inter alios acta* respecto a los terceros, y terceros son tanto el deudor cedido cuanto los acreedores del cedente y sus sucesores a título particular, todos los cuales tienen perfecto derecho a considerar al cedente como el único y verdadero acreedor. Agrega que para dar al acto eficacia plena frente a los terceros precisa un medio que dé a aquél publicidad, y este medio consiste en la notificación de la cesión hecha al deudor o en la aceptación de la misma por este último; siendo la primera, la denuncia que el cesionario o el propio cedente hacen al deudor cedido de la convención celebrada, que no es otra cosa que el acto solemne de la participación hecha al deudor de la cesión verificada, o la demanda judicial para que ejecute la prestación. Sobre este particular, Domenico Barbero²⁹ nos dice que aunque la cesión de los créditos sea un contrato consensual, y como tal inmediatamente operativo entre el acreedor-cedente y el adquirente-cesionario, no sería justo, sin embargo, tener obligado al deudor -que, con posterioridad a la cesión, hubiese pagado al cedente- a volver a efectuar el pago frente al cesionario, si no conocía la cesión. He aquí, a decir de Barbero, la razón de la necesidad de que el contrato de cesión sea notificado al deudor; hecha esta notificación, el deudor no estaría ya en buena fe si efectuase el pago al acreedor originario, y no quedaría liberado frente al cesionario; pero, sin embargo, la notificación no es un dato imprescindible: aquí se mira la buena fe, y los efectos de la notificación se obtienen igualmente si se prueba que el deudor ha pagado al cedente, conociendo la cesión.

Por otra parte, Barbero³⁰ señala que cuando el débito es incedible por voluntad de las partes, si por un lado es verdad que la cesión es imperfecta, por el otro no es menos verdad que la voluntad que lo ha puesto puede remover el impedimento; siendo en este caso la voluntad interesada, la del deudor, en relación al cual la cesión tiene efecto, no ya sólo en cuanto le haya sido notificada, sino en cuanto él la haya aceptado; aceptación que, indudablemente, tiene carácter negocial, pero que no transforma el contrato en un negocio de tres, ya que la intervención del deudor se despliega solamente en relación al acreedor originario, y se orienta a remover el impedimento proveniente del pacto de no cedibilidad.

En estas circunstancias, cabe preguntarnos por qué se ha señalado en el artículo bajo comentario que la cesión produce efectos cuando el deudor cedido acepta dicha cesión o cuando ésta le es comunicada fehacientemente.

Aparentemente la mención a la aceptación del deudor-cedido carecería de objeto, ya que bastaría con la comunicación al mismo de que se ha producido la cesión para que ésta surta sus efectos; pudiendo posteriormente el deudor manifestar su aceptación o rechazo a dicha cesión, y siendo indiferente el contenido de la respuesta, pues necesariamente, con o sin su asentimiento, la cesión surtiría efectos.

²⁹ BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, Tomo III, p. 294.

³⁰ BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, Tomo III, pp. 294 y 295.

Pero el sentido de la referencia a la aceptación por el deudor es para el caso en el cual no se le hubiese comunicado de manera fehaciente la cesión. Esta situación -se dice- comprende dos supuestos distintos:

- (a) Caso en el cual no se le comunica al deudor cedido la cesión, pero éste, al enterarse por un medio distinto, manifiesta al acreedor-cedente su conformidad con dicha cesión.
- (b) Caso en el cual se le comunica al deudor-cedido la cesión, pero no de manera fehaciente; y aun así, dicho deudor manifiesta su voluntad afirmativa de conformidad con la cesión.

En las dos hipótesis anteriores se considerará que la cesión produce efectos; lo que equivale a decir que en estos dos casos, ya no se requerirá de comunicación fehaciente.

La anotada corriente de pensamiento considera que con esta interpretación cobra sentido el artículo 1215.

Sin embargo, nosotros no compartimos esta posición. Creemos que la interpretación correcta del numeral bajo comentario es considerar que el precepto dos provisiones claramente diferenciadas y de soluciones muy precisas:

- (a) Una primera hipótesis en la que el deudor acepta la cesión. O lo hace interviniendo en el contrato de cesión, o previamente a él, o luego de celebrado. En estos casos, el deudor cedido ya no puede cuestionar la cesión, puesto que la ha aceptado.
- (b) Una segunda hipótesis en la cual no se requiere el asentimiento del deudor para la cesión, o si requerido éste se niega a aceptarla. Entonces se le comunica en forma fehaciente; por ejemplo, por carta notarial. Aquí el deudor puede oponerse a la cesión aduciendo diversas razones; por ejemplo, que la relación obligacional es *intuitu personae*, o que hay pacto que la impide, etc. En estos casos, si el deudor tiene la razón, la cesión no producirá efectos respecto de él. En otras palabras, cuando el Código Civil señala que produce efectos al tiempo que le es comunicada fehacientemente, no significa que esto sea definitivo e irrevocable, ya que puede no producir efectos, si es que el deudor se opone con fundamentos. Sin duda este es el sentido del Código.

Lima, marzo 2007

BIBLIOGRAFÍA

BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo III, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967.

CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo II, La Plata: Editorial Platense, 1986.

COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo II, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1944.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y Martin WOLFF. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Tomo II, vol. I, Barcelona: Bosch, 1950.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II, vol. II, Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952.

LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Tomo VI, vol. I, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, S.R.L., 1943.

LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Código Civil. Comentários Didáticos. Direito das Obrigações*. Sao Paulo: Editora Atlas S.A., 1978.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo II - B, Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, cuarta edición.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

STARCK, Boris, ROLAND, Henri y Laurent BOYER. *Obligations*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1992, cuarta edición.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. De las Obligaciones*. Tomo III, Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988.

WEILL, Alex y François TERRE. *Droit Civil. Les Obligations*. Paris: Précis Dalloz, 1986, cuarta edición.