

DE LA CESION DE DEUDAS Y CONTRATOS

Juan Carlos Dorr Zegers
Profesor de Derecho Civil * **

I. GENERALIDADES

1. El primitivo carácter subjetivo que tuvo en Roma el concepto de "obligación", entendida como una "atadura" entre el acreedor y el deudor, hacía inconcebible la posibilidad de que las obligaciones pudieran ser cedidas: ni el acreedor su crédito; mucho menos el deudor su deuda¹.

La única transmisión que aceptó el derecho romano antiguo fue la sucesión a título universal *por causa de muerte*, aunque también se aceptaron algunas formas de esta sucesión *entre vivos*, como la "conventio cum manu" (el acto por el cual la mujer entraba a la familia del marido) y la "adrogatio" (la absorción de una familia por otra)².

2. La evolución en Roma hacia la aceptación de la transmisión de la obligación a título singular entre vivos fue lenta.

Cuando las necesidades impuestas por el paulatino desarrollo de la sociedad romana hicieron necesaria la negociabilidad de las obligaciones, se idearon formas que, sin derogar el dogma de la intransmisibilidad de las obligaciones a título singular entre vivos, facilitarían la transmisión de las obligaciones. Surgió, así, la figura de la novación que, si bien era capaz de producir algunas de las consecuencias prácticas de la cesión de obligación, es su antítesis, toda vez que, si por la cesión de obligación ésta permanece viva, por la novación se extingue.

El desarrollo del derecho romano en esta materia llegó sólo hasta la aceptación indirecta de la cesión de créditos, esto es, de la parte activa de la obligación, en la época del procedimiento formulario, por la vía de la "procuratio in rem suam". Por esta figura, el acreedor otorgaba mandato al "procurator" (cesionario) para que cobrara el crédito, liberándolo de la obligación de rendir cuentas. Los inconvenientes de este procedimiento indirecto eran evidentes. Desde luego, hasta la "litis contestatio", que fijaba definitivamente los derechos de las partes, el mandato era revocable por la sola voluntad del mandante; además, la muerte del mandante producía la terminación del mandato. Estos

* Trabajo presentado en el Seminario de Derecho Civil organizado por la Revista *Forum* del Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, el 25 de abril de 1989.

** Hemos usado la terminología de "cesión de deudas" conscientes de que no es la que más se aviene con su naturaleza jurídica. La denominación correcta debiera ser "Transmisión de deudas a título singular entre vivos". Sin embargo, además de que la terminología empleada es la más común en el derecho comparado, facilita su comprensión en oposición a la "cesión de créditos".

¹ GAYO, I, 2, 38.

² Juan IGLESIAS, "Derecho Romano", Ariel, 1972, pág. 602.

inconvenientes fueron superados en la época imperial, fundamentalmente estableciéndose que, notificado el deudor de la designación de mandatario, no podía ya el deudor pagar válidamente a otro que no fuera el procurador; y otorgando al "cesionario" una "actio utilis" para ejercitar la acción del acreedor en caso de fallecimiento del mandante.

Como podemos apreciar, se encuentra allí, en germen, la figura de la cesión de créditos que hoy nos es familiar.

No sucedió lo mismo con la "cesión de deudas", no obstante que hay quienes sostienen que esta misma "procuratio in rem suam" se utilizó también para transferir deudas³.

La razón de este distinto tratamiento es evidente: si bien, normalmente, la persona del acreedor será indiferente para el deudor, salvo su interés de tener un acreedor menos exigente y más tolerante —interés que escapa a la protección del derecho—⁴, no sucede lo mismo con la persona del deudor, cuyo patrimonio y responsabilidad serán normalmente consideraciones esenciales para el acreedor.

3. Los Códigos del siglo pasado, producto de una paulatina objetivización del concepto de obligación, aceptaron expresamente la cesión de los créditos, mas no tratan en forma orgánica de la cesión de deudas.

Fue la doctrina alemana la que inició el siglo pasado el desarrollo de la teoría de la cesión, asunción o transmisión de deudas, figura expresamente contemplada en el Código Civil alemán de 1900. Hoy en día son muchos los Códigos que consagran esta institución, entre ellos, los códigos suizo, polaco y mexicano e, incluso, el Código Civil italiano consagra la figura más avanzada de la "cesión de contrato".

II. ASPECTOS DOCTRINARIOS

4. Si bien la evolución del derecho marcha inexorablemente hacia la plena aceptación de la cesión de deudas y de contratos, un cada vez menor sector de la doctrina, especialmente francesa y española, rechaza conceptualmente la posibilidad de que puedan cederse las deudas con argumentos antiguos y nuevos.

Así, se sostiene que la deuda, el lado pasivo de la obligación, es una falta de valor, un "no valor", y que tiene existencia, entonces, sólo unitariamente con el lado activo. Agregan que la obligación no puede disociarse entre "poder" y "deber", ya que se trata de un solo vínculo que en un extremo es crédito y en otro deuda. Por tanto, sólo puede disponerse de la obligación desde el extremo que representa un valor, esto es, desde el lado del crédito⁵.

Strohal, jurista alemán del siglo pasado, salió al paso de Delbrück, quien en 1853 postuló la teoría de la cesión de deudas, expresando que el derecho del acreedor a dirigirse en contra del patrimonio de su deudor es un elemento

³ J. ARIAS RAMOS, "Derecho Romano", Edit. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo II, pág. 660.

⁴ GIORGI, "Teoría de las Obligaciones", Reus, 1930, Tomo 6, pág. 80; DE RUGIERO, "Instituciones del Derecho Civil", Reus, 1944, Tomo II, Vol. I, pág. 186.

⁵ FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, "Estudios de Derecho Civil", EUNSA, Zaragoza, 1978, Tomo II, págs. 237-238.

esencial del derecho de crédito y que, en consecuencia, tal elemento esencial no puede ser modificado sin producir la extinción de la obligación ⁶.

Para otros ⁷, no existe ninguna operación en el derecho de los bienes que tenga por finalidad un elemento pasivo y, de otro lado, para que sea perfecta la cesión de deudas se requiere que el acreedor acepte la cesión y, si tal sucede, *deja de tener interés práctico la cesión, no siendo distinta de la delegación perfecta novatoria*.

5. Estas objeciones merecen ser analizadas.

a) En primer lugar, la observación de que la deuda es un "anti-valor" y que la cesión de la obligación no es jurídicamente concebible sino desde el ángulo del acreedor, no es efectiva.

Desde el punto de vista objetivo, la esencia de la obligación es la prestación, su naturaleza, la forma en que debe ser cumplida, las garantías y esfuerzos de las partes para obtener su realización.

Para el acreedor, lo que le importa es recibir la prestación, más que la persona llamada a cumplirla —con excepción, obviamente, de las obligaciones "intuitu personae"—; y para el deudor lo relevante será cumplirla, más que a quien la cumple. "Al menos puede concebirse que a cada uno de ellos le sea indiferente la persona del otro, y en la práctica ello ocurre con frecuencia. Desde luego, si la mutación de la persona está acorde con la voluntad de las partes, no hay razón alguna para no admitirla (la cesibilidad de las obligaciones), y eso es lo mismo desde el punto de vista activo como pasivo" ⁸.

Sea cual fuere la conceptualización de la obligación, la carga que representa la deuda y que grava un patrimonio puede perfectamente recaer en un patrimonio diferente, sin desaparecer la obligación ni sus efectos. En la obligación es esencial la existencia de un acreedor y un deudor, pero de modo alguno se puede concluir que indefectiblemente deban permanecer inalterados. Del mismo modo que el cambio de la persona del acreedor con la cesión de créditos no afecta la substancia de la obligación, tampoco puede afectarla el cambio de la persona del deudor con la aceptación de su acreedor.

Pretender que el cambio del acreedor no desnaturaliza la obligación, pero que sí la desnaturaliza el cambio del deudor, es evidentemente una contradicción, toda vez que es *dar efectos desiguales a lo que en substancia es igual*: o se rechaza la posibilidad de cambio en ambos extremos de la obligación, lo que es inconcebible, o se acepta en ambos, que es lo lógico.

La deuda, al igual que el crédito, como dice Ruggiero ⁹, "será siempre en sí y por sí una entidad económica que puede ser objeto de contratación", y, agregamos nosotros, los Códigos dan ejemplos reiterados de que es así. Dejando de lado el posible carácter novatorio, ¿no es acaso la delegación, aceptada por todos los Códigos y desde Roma, un contrato o *convención que tiene por objeto la deuda?*

⁶ Ludwig ENNECCERUS, "Tratado de Derecho Civil", Tomo II, Vol. 1, Bosh 1948, nota en pág. 404-405.

⁷ MAZEAUD et MAZEAUD, "Lecciones de Derecho Civil", E.J.E.A., 1960, Tomo II, Vol. III, pág. 521.

⁸ RPERT, BOULANGER, "Tratado de Derecho Civil", La Ley, Buenos Aires, 1965, Tomo V, pág. 278.

⁹ RUGGIERO, op. cit., pág. 209.

Dice Clemente de Diego que las deudas se prestan al propio juego de los créditos, con la diferencia de que, tratándose de deudas, es un elemento pasivo el que pasa del patrimonio del que se enriquece al de aquel que se empobrece; siendo el resultado el mismo que en la cesión de créditos, ya que éstos pasan del patrimonio del que se empobrece al patrimonio del que se enriquece. Y ello, porque "la sustracción de una cantidad negativa equivale a la adición de una cantidad positiva"¹⁰.

b) En cuanto a la observación de Strohal, de que es esencial a la obligación la relación del acreedor con el patrimonio del deudor, en términos que si tal relación deja de existir por cambio del deudor, deja de existir la obligación misma, diremos con Enneccerus¹¹, que esa posibilidad de ejercer el derecho a crédito contra el patrimonio del deudor es el efecto REGULAR de la obligación, pero en modo alguno esencial, digamos "ontológico". Prueba de lo dicho es la existencia de las obligaciones naturales, en las cuales ni siquiera puede el acreedor dirigir acción contra el patrimonio de su deudor y, no obstante, se trata de una obligación.

c) En cuanto a que no hay ninguna operación en el derecho de los bienes que tenga por finalidad un *valor negativo*, ello no es efectivo, por cuanto *la delegación constituye, precisamente, una convención sobre la deuda*; y en lo relativo a la observación de que la cesión de deudas nunca podrá ser perfecta, por cuanto siempre requerirá del consentimiento del acreedor, debemos decir que *ello no es un obstáculo* a la cesión de deudas, *sino una condición* de la misma para que sea eficaz frente al acreedor. En efecto, la cesión de deuda perfecta ES la que cuenta con el consentimiento del acreedor, de manera que no es este requisito una razón o argumento para negar la posibilidad de que exista.

d) Por último, referente a la observación de que necesitando la cesión de deudas del consentimiento del acreedor no difieren sus efectos a los de la novación, ello es evidentemente un error.

Es útil que nos detengamos a examinar esta última observación, porque si los efectos de la novación son en la práctica los mismos de la cesión de deuda, podríamos coincidir con quienes sostienen, como los hermanos Mazeaud, que la institución en estudio carece de interés.

La novación extingue la obligación y sus cauciones, estén éstas constituidas por el deudor original o por terceros. Pero el acreedor puede hacer reserva de las hipotecas y prendas constituidas por el deudor y, en tal caso, esas cauciones subsistirán; y en esto, en consecuencia, es efectivo que no difieren la novación con la cesión de deudas desde el punto de vista práctico.

Sin embargo, es indudable que la cesión de deudas puede ser más ventajosa que la novación, tanto para el nuevo deudor como, también, para el acreedor.

a) Veámoslo desde el punto de vista del nuevo deudor:

Desde el momento en que la novación extingue la obligación, desaparecen también *las excepciones que emanaban de la misma*.

¹⁰ Clemente DE DIEGO, "Instituciones del Derecho Civil Español", Artes Gráficas, Madrid, 1959, Tomo II, pág. 411.

¹¹ ENNECERUS, op. cit., pág. 405.

Por la cesión de deudas, en cambio, el nuevo deudor *podrá oponer al acreedor todas las excepciones que, emanando de la obligación que no se extingue, hubiera podido oponer el deudor cedente*, salvo, naturalmente, aquellas que sean personales del deudor primitivo. Puede oponer, además, *las suyas propias, emanadas del contrato mismo de cesión de deudas*, en cuanto el acreedor haya concurrido.

Puede, por último, aprovecharse de las prescripciones corridas y ejercer las facultades inherentes a la obligación misma, como el derecho a elegir en las obligaciones alternativas o a sustituir, en las facultativas.

b) *Desde el punto de vista del acreedor:*

A diferencia de lo que sucede en la novación, donde se extinguen irremisiblemente, en la cesión de deuda se mantienen *los privilegios de la obligación*, como además todas las otras ventajas jurídicas que pueden haberse producido en relación con la obligación, como podrían ser, por ejemplo, determinadas declaraciones de certeza o declarativas de derechos obtenidas por sentencia ejecutoriada en juicio con el deudor primitivo. Conserva, además, los intereses de la obligación y las garantías del deudor primitivo sin necesidad de reserva.

Es notable, entonces, la importancia práctica que tiene la institución en estudio, lo que demuestra que carece de base la argumentación de que el efecto de la cesión de deudas no difiere de los efectos de la novación.

6. *En síntesis:* No hay obstáculo doctrinario para aceptar la cesión de deudas como la "contrapartida de la cesión de créditos"¹². *Tanto el lado activo de la obligación como su lado pasivo pueden ser objeto de actos jurídicos*, pudiendo originar una transmisión de la deuda a título singular entre vivos.

III. LA CESIÓN DE DEUDAS EN PARTICULAR

7. Conoce la doctrina varias clases de cesión de deudas:

a) *Cesión de deuda propiamente tal*¹³: Es la que se realiza mediante contrato celebrado entre el deudor, el acreedor y el tercero o cesionario, y en virtud del cual el tercero se subroga en la posición que en la deuda tenía el deudor.

Conforme al Código suizo de las obligaciones (art. 175) y al Código Civil italiano (art. 1268), el acreedor puede o no consentir en dar por libre al primitivo deudor; pero si el deudor primitivo no es liberado, pasa a ser codeudor subsidiario; solución que difiere del derecho alemán, donde el solo consentimiento del acreedor provoca la liberación del deudor primitivo (art. 414)¹⁴.

Concurriendo a este contrato las tres partes involucradas, la obligación permanecerá la misma, con todos los efectos que ello trae implícito. Sin em-

¹² Alex WEIL, François TERRÉ, "Droit Civil", "Les Obligations, Dalloz, 1975, pág. 1008; PLANIOL, "Traité Elementaire de Droit Civil", París, 1926, Tomo II, pág. 144.

¹³ BOFFI BOCCERO, "Tratado de las Obligaciones", Astrea, Buenos Aires, 1975, Tomo 3, pág. 652.

¹⁴ José Joaquín LLAMBIAS, "Tratado de Derecho Civil", Perrot, Buenos Aires, 1982, Tomo II, B, pág. 66.

bargo, las garantías reales o personales otorgadas por terceros se extinguirán, a menos que concurran al acto, según la solución del Código alemán. El Código suizo difiere sólo en cuanto a que las *fianzas y prendas* de terceros se extinguen, mas no así las hipotecas.

El nuevo deudor podrá oponer al acreedor todas las excepciones que tenía el deudor primitivo, aunque no la compensación de créditos del antiguo deudor en contra del acreedor¹⁵.

b) *Asunción privativa de deudas*: Es la que resulta del contrato celebrado entre el deudor primitivo y el tercero (cesionario), quien se compromete a pagar la obligación en reemplazo del deudor. No hay aquí propiamente una "cesión", sino una "asunción" de deudas.

En este caso el contrato surte todos sus efectos entre los contratantes conforme a las reglas generales de la contratación; *pero, frente al acreedor, es inoponible*, entretanto el acreedor no adhiera al contrato. Si el acreedor acepta la asunción de deudas, se producen efectos señalados para el caso de la cesión de deuda propiamente tal.

c) *Asunción acumulativa*: Se presenta cuando un tercero adhiere o accede a la deuda como *codeudor solidario*, sea por convenio con el deudor, sea por convenio con el acreedor.

En este caso no estaremos propiamente frente a un caso de cesión de deudas; pero en cierto modo se producirán sus efectos, ya que si el nuevo deudor por convenio con el deudor primitivo es un "interesado" en la obligación, deberá contribuir a la deuda.

d) *Asunción legal de deudas*: Se presenta en aquellos casos en que la ley dispone la transmisión a título singular de una deuda entre vivos, como sucede en Italia respecto de quien adquiere un inmueble hipotecado, caso en el cual el acreedor puede dirigir en contra del nuevo deudor no sólo la acción real que emana de la hipoteca sino, además, la acción personal por la deuda.

IV. LA CESIÓN DE DEUDA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

8. La construcción jurídica que venimos exponiendo, ¿tiene cabida en el Código Civil chileno?

La primera consideración que a este respecto debemos hacer es que la materia de la asunción de deudas, a menos que estuviera expresamente prohibida por el Código, y de hecho no lo está, es una materia que no cae en el campo del orden público sino que, por el contrario, cae de lleno en el campo de la libertad contractual¹⁶. Tanto más cuanto que, como hemos visto de esta construcción doctrinaria, nada en la cesión puede afectar derechos de terceros. En efecto, ella es inoponible al acreedor que no consiente y libera a los terceros garantes que no acceden.

Una segunda consideración: El propio Código Civil contempla casos concretos en los que acepta que las deudas se transmitan a título singular entre vivos. El hecho de que no regule esta institución orgánicamente, como lo hace respecto de la cesión de créditos, no es obstáculo, ya que es obvio

¹⁵ Karl LARENZ, "Tratado de las Obligaciones", Edit. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo II, págs. 480-81.

¹⁶ JOSSEBRAND, "Derecho Civil", Bosh, 1956, Tomo IV, págs. 659-660; PLANTOL, op. cit., pág. 145.

que no lo hizo porque el desarrollo doctrinario de la época no se preocupó de la materia. Sin embargo, y no obstante que los juristas que Bello conoció y en muchos de los cuales se inspiró, participaban de la máxima de Dumoulin: "Obligatio passiva non protest cedi"¹⁷, nada en el Código permite deducir que Bello participara de tal idea; por el contrario, "resulta indiscutible que la posibilidad de transferencia de una obligación (o asunción de deuda) no fue extraña para el visionario autor de nuestro Código"¹⁸, como más adelante veremos.

De esta manera, si como decíamos anteriormente (ut supra II, 6), no existen objeciones doctrinarias a la posibilidad de transmitir a título singular entre vivos el lado pasivo de la obligación; si esa materia cae dentro de la libertad contractual y nada en el Código permite sostener la existencia de un imperativo legal en contrario, no nos cabe sino concluir que dentro de nuestro Código tal posibilidad existe.

9. Sin embargo, nuestro Código no sólo no prohíbe tal transmisión sino que, por el contrario, en forma clara la autoriza. En efecto, como lo demuestra en forma irrefutable Gonzalo Figueroa¹⁹, el cambio de deudor en la obligación no produce necesariamente una novación, ya que para que así suceda se precisa, *además de ese cambio y de la voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor, la declaración de la voluntad de novar*, o que esta intención aparezca indudablemente en el acto o contrato (art. 1634). Si las partes no sólo no declaran el "animus novandi" sino que, por el contrario, manifiestan explícitamente su voluntad de mantener vigente la obligación, quiere decir necesariamente que no se producirá novación sino que, simplemente, una cesión de la deuda y la consecuente subrogación del tercero en el lugar del deudor primitivo.

Es notable a este respecto la redacción del art. 1634 del Código. Dice, en efecto, que "para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar", encargándose el Código de advertir a los interesados, "*porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua*". Esto es, no fue suficiente para Bello dar la norma y exigir la declaración del ánimo, sino que pareciera decir: "porque cuidado, las consecuencias pueden ser graves".

En apoyo de la tesis de Figueroa, digamos que la interpretación de los arts. 1634 y 1635 de nuestro Código Civil no puede ser otra a la luz de la evolución que sufrió la institución de la novación.

En Roma hasta el derecho clásico, "el efecto novatorio (de extinguir la obligación), dependía del mismo negocio formal y no de la efectiva voluntad de las partes (...). Se producía el efecto novatorio, aunque las partes hubieren efectivamente querido que la nova obligatio accediese a la primera en vez de extinguirla"²⁰. Sólo a partir de la época postclásica surge el requisito del "animus novandi", que se incorporó después en las codificaciones del siglo pasado. Sin embargo, otros Códigos, como el español, restaron fuerza al re-

¹⁷ GIORGI, op. cit., pág. 80.

¹⁸ Gonzalo FIGUEROA, "La asunción de deudas y la cesión de contrato", Edt. Jurídica de Chile, 1984, pág. 34.

¹⁹ Gonzalo FIGUEROA, op. cit., págs. 35 y siguientes.

²⁰ F. Sancho REBULLIDA, op. cit., pág. 224.

quisito de la expresión del animus —consagrada en nuestro art. 1634— introduciendo la idea de la novación tácita, la que debe entenderse que existe cuando entre una y otra obligación hay incompatibilidad, como sucede, por ejemplo, si junto con entrar en la obligación un nuevo deudor, se liberta al antiguo. Nuestro Código, en cambio, no acepta la novación tácita y exigió el *ánimo declarado o que la intención de novar fuera indudable*; en caso contrario, no habrá novación, sea que la convención tenga por objeto el cambio del acreedor o del deudor. Y si no hay novación, como agrega el inciso 2º del art. 1634, deberá entenderse *vigente la obligación antigua en todo aquello que no aparezca modificada por el contrato*, subsistiendo en lo no modificado los privilegios y cauciones.

Lo anterior nos parece una demostración más que suficiente en cuanto a que nuestro Código acepta la cesión de deuda.

10. Otras razones existen, también, para llegar a la misma conclusión. En efecto, varias disposiciones del Código aceptan en forma expresa la transmisión de deudas a título singular entre vivos:

a) Los arts. 1419 y 1420 del Código Civil se refieren a la transmisión de deudas desde el donante al donatario, caso en el cual, si los acreedores “reconocen” como deudor al donatario, pierden sus acciones en contra del donante.

Interpretadas estas normas en relación con los arts. 1634 y 1635, veremos que no hay en las primeras ninguna concordancia con las segundas que permitiera llegar a la conclusión de que si el acreedor simplemente acepta al nuevo deudor la extinción de sus acciones en contra del donante sea producto de una novación. En efecto, la extinción de las acciones en contra del donante se produce por el simple hecho de aceptar como deudor al donatario, aceptación que puede ser expresa o tácita, sin que se exija la voluntad expresa del acreedor de dar por libre al donante, como tendría que suceder para cumplir con uno de los requisitos esenciales de la novación. Mucho menos tal “aceptación” puede estimarse constitutiva de declaración del animus novandi que exige el art. 1634. ¿En virtud de qué, entonces, el donatario resultará obligado a pagar liberándose el donante de la deuda? Simplemente, *en razón de que ha habido una cesión de deuda del donante al donatario, entre vivos y a título singular, que surte plenos efectos frente al acreedor por su posterior aceptación.*

b) Conforme al art. 1526, Nº 4, cuando por convención entre los herederos se ha impuesto a uno de ellos la obligación de pagar el total de una deuda de la que todos eran responsables, el acreedor podrá aceptar dicho convenio y exigir el pago a ese heredero. Las mismas consideraciones que en el caso anterior nos demuestran que en este caso no hay novación. Este es otro caso típico de “asunción privativa” de deuda, sin novación, que aceptada por el acreedor se transforma en cesión propiamente tal.

c) Conforme al art. 1700, los instrumentos públicos hacen plena prueba en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, agregando el inciso 2º que las obligaciones y descargos contenidos en ellos hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se *transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular*. Huelgan los comentarios ante tan clara expresión de reconocimiento a la cesión de obligaciones a título singular entre vivos.

d) Según lo dispuesto por el art. 2404, el adquirente del bien dado en prenda tendrá derecho a exigir la restitución de la prenda pagando la

deuda originalmente convenida por su vendedor, no pudieron el acreedor excepcionarse. Supongamos, lo que por lo demás es habitual, que el deudor primitivo, junto con vender la cosa empeñada, hubiera hecho responsable a su comprador del pago y que éste lo hubiese asumido. ¿No estamos acaso frente a la figura de la asunción privativa?

e) Conforme a lo dispuesto por el art. 2430, el que hipoteca un bien propio por una deuda ajena no se entenderá obligado personalmente *si no se hubiere estipulado*. Habiendo estipulación, el adquirente se entenderá obligado, esto es, habrá asumido la deuda.

Otras disposiciones permiten también la cesión de deudas, como veremos al analizar la cesión de contrato.

Síntesis: No existen obstáculos para aceptar la cesión de deudas. Nuestro Código no sólo no contiene normas que prohíban la transmisión de deudas a título singular entre vivos, sino, por el contrario, algunas de sus disposiciones la consagran. La cesión de deudas, por otra parte, constituye una materia que cae de lleno en el ámbito de la autonomía de la voluntad, que no es contraria al orden público, ni a la moral, ni a las buenas costumbres, ni puede comprometer intereses de terceros. Así, es forzoso concluir que tal figura, como lo acepta el derecho comparado, es posible bajo las normas de nuestra legislación positiva, siendo insuficiente para rechazarla el solo hecho de que el legislador no la haya regulado en forma orgánica.

V. LA CESIÓN DE CONTRATO

11. Denomina la doctrina como "cesión de contrato" la figura por la cual uno de los contratantes conviene en que un tercero ocupe su posición jurídica en el contrato²¹.

Se trata indudablemente de una situación más compleja que la simple cesión de créditos o de deudas; se trata, en este caso, de la transmisión de la posición contractual. Sabido es que de los contratos no sólo emanan derechos y obligaciones, ya que los efectos de los contratos no se circunscriben a éstos. Al lado de los créditos y de las deudas se originan en favor de las partes determinadas potestades que se encuentran en el medio entre las simples facultades jurídicas y los derechos subjetivos. Son los que la dogmática moderna denomina como "derechos potestativos", como lo son, por ejemplo, los derechos de nulidad, rescisión, impugnación, revocación, elección. etc.²².

Es el conjunto de derechos, obligaciones, potestades y expectativas las que van involucradas en la cesión de contrato, todos los que se transmiten al "cesionario" que subroga en el contrato al cedente.

La cesión de contrato es el paso siguiente necesario después de la aceptación doctrinaria de la cesión de deudas y mira, como ésta, a la fluidez de la contratación y la circulación de los contratos.

La cesión de contrato es un contrato en sí mismo, cuyo objeto es *la transmisión de la posición jurídica del contratante cedente*, que deberá contar

²¹ BARBERO, "El Derecho de las Obligaciones", E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, Tomo III, pág. 299.

²² CASTÁN TOBEÑAS, "Situaciones Jurídicas Subjetivas", Madrid, 1963, pág. 39; citado por A. Cristóbal MONTES, "La Cesión de Contrato", Anuario de Derecho Civil, España, Tomo 211, pág. 862.

siempre con la voluntad del contratante que permanece en el contrato para su plena eficacia, a menos de que la ley imponga tal cesión.

La cesión de contrato puede sólo producirse en el caso de los contratos bilaterales no cumplidos (aunque en esto la doctrina no es unánime), que no sean *intuitu personae* y cuya cesión no esté prohibida por la ley. Se dice que, tratándose de un contrato unilateral, que genera obligaciones para solo uno de los contratantes, si el contratante obligado cede sus obligaciones se estará en presencia de un contrato de cesión de deuda; y si el que cede su derecho es el acreedor, se tratará de una cesión de crédito. Escapa al marco de este trabajo dilucidar si la cesión también procede en los contratos unilaterales, al menos en los sinalagmáticos imperfectos.

El Código Civil italiano de 1942 contempla y regula en forma orgánica esta cesión de contrato, sin perjuicio que la doctrina había aceptado ya con anterioridad tal cesión por aplicación de los principios generales²³.

12. Un sector de la doctrina ha sostenido, en nuestra opinión equivocadamente, que la naturaleza jurídica de la cesión de contrato es la conjunción de una cesión de derechos con una cesión de deudas; para otros²⁴, en cambio, es un negocio unitario que tiene por objeto el contrato mismo, más bien dicho, la posición del contratante cedente, por el cual un tercero "subentra" en el contrato, lo que implica consecuencias jurídicas más complejas que la simple conjunción de una cesión de derechos y una cesión de deudas (*supra* 11).

Nos parece indudable que la "cesión de contrato" es un caso de *subrogación convencional*, en virtud de la cual un nuevo contratante pasa a ocupar el lugar del contratante subrogado.

En términos jurídicos, subrogar es colocar una persona o cosa en lugar de otra, de donde se distingue una subrogación personal o subjetiva y una subrogación real u objetiva.

Nadie discute que, tratándose de la transmisión a título universal mortis causa, el heredero se subroga en los derechos transmisibles del causante, pasando a ocupar la posición jurídica que éste tenía. Así, en todos los contratos en los que era parte el causante, será subrogado por el heredero por el solo ministerio de la ley.

La generalidad de los Códigos regula orgánicamente sólo un aspecto parcial del fenómeno de la subrogación personal a título singular entre vivos en el caso de los derechos del acreedor que se transmiten al tercero que le paga, subrogación que puede ser legal o convencional.

Sin embargo, la subrogación es una institución de vasta aplicación en el campo de las obligaciones y ninguna razón doctrinaria puede existir para limitar su aplicación al solo caso del pago del tercero.

Así como en la sucesión por causa de muerte la subrogación comprende no sólo obligaciones y derechos, sino contratos, así también la subrogación a título singular entre vivos puede tener por objeto créditos, deudas o contratos.

La subrogación, en esta forma, en su conocida figuración de una armadura de donde sale el subrogado y entra el subrogante, plasma perfectamente la naturaleza jurídica del fenómeno en estudio.

²³ MESSINEO, "Doctrina General de los Contratos", E.J.E.A., Buenos Aires, 1986, Tomo II, pág. 236.

²⁴ BARBERO, *op cit.*, pág. 305.

13. ¿Es aceptable en Chile la "cesión de contrato"?

No obstante carecer nuestro Código de una regulación orgánica sobre esta materia, es indudable que ello es posible.

Desde luego, como en el caso de la cesión de deudas, no hay prohibición legal a esta especie de subrogación y la materia cae en el terreno de la libertad contractual; no atenta contra el orden público, ni contra la moral ni las buenas costumbres.

Aunque la sola libertad contractual basta y sobra para aceptar la cesión de contrato, analicemos otros argumentos y despejemos posibles dudas doctrinarias:

Dentro de esta libertad contractual, *¿es posible que una relación contractual pueda ser el objeto de un acto jurídico?*

Desde el momento en que la cesión de contrato es en sí un contrato que tiene por objeto la relación contractual o, si se quiere, el contrato mismo, debe éste recaer sobre un objeto lícito.

Un análisis superficial podría llevarnos a la conclusión de que ello es imposible, dado que para nuestro Código Civil son las "cosas" que se trata de dar, hacer o no hacer, las que pueden ser objeto de la obligación, carácter que podría no tener el contrato mismo.

Sin embargo, ello no es así.

Conforme al Art. 565 del Código Civil, "los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales", siendo las primeras las que tienen un ser real y que pueden ser percibidas por los sentidos, y las incorporeales las que consisten en meros derechos, reales o personales.

Pero sucede que el Código no ha definido lo que debe entenderse por "cosa", de donde es necesario recurrir al sentido natural y obvio del término según el uso general de la misma palabra, lo que nos lleva a que cosa es "todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta". Teniendo en cuenta que "entidad" viene de "ente", que es "todo lo que es, existe o puede existir", tendremos que concluir que el contrato *constituye una "cosa" susceptible de ser objeto de actos jurídicos*. Esto es tan evidente que el propio Código, como veremos, contempla casos de cesión de contratos.

Tenemos entonces que nuestra legislación no prohíbe la transmisión de los contratos; por el contrario, hay casos en los que expresamente los acepta, como veremos. Por otro lado, el contrato, como entidad, puede ser objeto de una obligación. ¿Qué impedimento puede haber entonces para que los contratantes transmitan entre vivos su posición en un contrato?

No se nos diga que el silencio del Código es un obstáculo, porque ello sería una conclusión objetivamente injusta. "El silencio de la ley se explica porque sus autores vieron en la relación obligatoria como un todo, no otra cosa, que la suma de los créditos singulares pertenecientes a una y otra parte. El progreso del conocimiento científico, que nos ha enseñado a ver en la relación obligatoria algo más que una estructura de derechos, situaciones jurídicas y obligaciones, no puede oponerse a la obtención de un resultado en forma alguna desaprobado por el legislador"²⁵.

Pero aún nos queda el recurso a la necesidad práctica de aceptar la cesión de contrato, necesidad que llevó al Código Civil italiano a regular orgánica-

²⁵ Karl LARENZ, op. cit., pág. 488.

mente esta institución. Esta necesidad también, más instuida que asimilada, llevó a nuestro Código Civil a contemplarla expresamente, como veremos, y al legislador a recurrir a ella en otros cuerpos legales.

En efecto, la ley contempla la subrogación convencional en la posición contractual, entre otros, en los siguientes casos:

a) En el arrendamiento, cuando la calidad de *arrendador* se transmite a todo aquel que, conforme al Código, está obligado a respetar el arriendo; y cuando la calidad de *arrendatario* es, a su vez, transmitida si el arriendo es cedido con autorización del arrendador;

b) En el contrato de transporte, conforme al Art. 176 del Código de Comercio;

c) En el contrato de seguro, conforme al Art. 530 del Código de Comercio, cuando la transferencia de la propiedad asegurada transfiere el contrato de seguro en beneficio del adquirente;

d) En el contrato de fletamento, que se traspa al adquirente de la nave, conforme al art. 1009 del Código de Comercio;

e) En el contrato de sociedad, cuando se ceden los derechos sociales o se enajenan las acciones; y en el caso de fusión o absorción de sociedades, que coloca a la persona jurídica absorbente o resultante de la fusión, según el caso, en la posición jurídica que en los contratos tenía la sociedad absorbida o fusionada;

f) En los contratos de "cesión de carteras" de las compañías aseguradoras e instituciones financieras;

g) En el caso de algunos contratos administrativos, como en los contratos de obras públicas, en los que, conforme al Decreto Supremo 1.340, de 1965, "*el contratista podrá solicitar el traspaso de un contrato*". Lo mismo rige para los contratos de ejecución de obras de edificación y urbanización para los Servicios de la Vivienda, conforme al Decreto Supremo 331, de 1975.

14. *Síntesis*: Del mismo modo que la cesión de deudas es posible conforme a nuestra legislación, la cesión de contrato es figura no sólo no rechazada por el Código Civil, sino que conforme con sus regulaciones. Nada obsta a ella, ni desde el punto de vista de los textos positivos ni doctrinariamente; por el contrario, muchas disposiciones consagran esta cesión en forma expresa.

VI. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA CESIÓN DE DEUDAS Y CONTRATO

15. La utilidad práctica de la cesión de deudas es evidente y ha quedado ya establecida precedentemente: se trata de que el tercero asuma el rol de deudor en la obligación, sin que ello provoque la extinción de la obligación. Ello implica que el nuevo deudor lo será de una misma obligación originaria, por lo que podrá oponer al acreedor las mismas excepciones que emanen de la obligación original, la que se mantendrá vigente en toda su extensión sin afectar, obviamente, derechos de terceros.

Esta figura es muy usada en la práctica en los contratos de compraventa cuando el comprador, como parte del precio, asume la obligación de pagar una deuda de su comprador. Este es un caso típico de asunción privativa de deuda (ut supra 7 (b)), que podrá transformarse en cesión de deuda propiamente tal si adhiere a este convenio el acreedor en la medida en que las partes no convengan en la novación.

Igual sucede con la adquisición de un bien hipotecado o prendado cuando el adquirente asume la deuda.

16. En el caso de la cesión de contratos su utilidad es más evidente, ya que contribuye a facilitar la circulación de los contratos mismos, evitándose la suscripción de sucesivos contratos sobre un mismo objeto.

Esta figura de la cesión de contrato es común en el derecho comparado, tratándose concretamente de la compraventa, del arrendamiento, la sociedad y de los contratos de obra especialmente en el campo administrativo.

Tratándose de compraventas, el derecho italiano contempla la figura muy usada de la transferencia por endoso del contrato preliminar bilateral de compraventa, que se asemeja en nuestro medio a la promesa de compraventa. Lo mismo sucede en Argentina con el llamado boleto de compraventa.

De mayor importancia práctica en el comercio actual es la cesión del contrato de compraventa de bienes muebles —productos agrícolas, minerales, etc.—, que permite al que ha tomado posición en la compra de estos bienes, comúnmente denominados “comodities”, transferir los derechos que emanan del contrato a otros compradores. Si consideramos que estos contratos generalmente se realizan en el campo internacional, esto es, de compradores de un país a vendedores de otro, se comprenderá la tremenda importancia práctica que tiene el evitarse nuevas contrataciones entre el vendedor y los sucesivos compradores por la vía, simplemente, “del endoso del contrato”.

Es indudable que en forma creciente el progreso impondrá la necesidad de agilizar cada vez más el tráfico jurídico, y no puede dejar de tener el Derecho una respuesta a la necesidad de simplificar la contratación.

No pueden los viejos esquemas doctrinarios evitar que el Derecho marche a la par con el progreso científico y tecnológico y el incremento cada vez mayor de las relaciones contractuales.