

Cesión de créditos

Por FERNANDO PANTALEON PRIETO

Catedrático de Derecho Civil. Santander

SUMARIO: I. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA CESION DE CREDITOS.—II. CESION Y CAUSA.—2.1. *La «cesión» con finalidad de cobro.*—2.2. *La «cesión» en garantía. La prenda de créditos.*—2.3. *La cesión «pro solvendo».*—III. CARACTER TÍPICAMENTE TRASLATIVO DE LOS CONTRATOS DE CESION.—IV. NOTIFICACION, CONOCIMIENTO Y EFICACIA DE LA CESION FRENTE AL DEUDOR. EL ARTICULO 1.527 CC.—V. CESION E INCERTIDUMBRE DEL DEUDOR SOBRE LA TITULARIDAD DEL CREDITO.—VI. EL ARTICULO 347 DEL CODIGO DE COMERCIO.—VII. SUJETOS DE LA CESION. LA CESION «EN BLANCO». CESION DE CREDITO AJENO, DOBLE CESION Y ADQUISICION DE CREDITOS «A NON DOMINO». EL ARTICULO 1.526 CC.—VIII. OBJETO DE LA CESION.—8.1. *Créditos integrantes de relaciones obligatorias sinalagmáticas.*—8.2. *Cesiones parciales.*—8.3. *Cesiones anticipadas de créditos futuros.*—8.4. *Causas de incredibilidad de los créditos. El «pactum de non cedendo».*—IX. FORMA DE LA CESION. DE NUEVO SOBRE EL ARTICULO 1.526 CC.—X. CONTENIDO Y EFECTOS DEL CONTRATO DE CESION.—XI. EL ARTICULO 1.528 CC.—11.1. *Transmisión de las garantías reales.*—11.2. *Transmisión de las garantías personales.*—11.3. *Transmisión de los privilegios.*—11.4. *Otros accesorios.*—XII. LA RELACION CEDENTE-CESIONARIO.—12.1. *Deberes secundarios.*—12.2. *Garantía de la existencia y legitimidad del crédito.*—12.3. *Garantía de la solvencia del deudor.*—XIII. LA RELACION CESIONARIO-CEDIDO: EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL DEUDOR.—13.1. *Excepciones ya «fundadas» en el momento de la cesión.*—13.2. *Excepciones nacidas de hechos o negocios relativos al crédito, posteriores a la cesión, entre cedente y cedido de buena fe.*—13.3. *El artículo 1.198 II, III CC.*—13.4. *Excepciones relativas al contrato de cesión. Excepciones derivadas de las relaciones entre cesionario y cedido.*—13.5. *Casos especiales: excepciones y pluralidad de cesiones en cadena; excepciones y cesión anticipada de créditos futuros.*—13.6. *El artículo 1.198 I CC y la renuncia a sus excepciones por parte del cedido.*

I. Hablamos de cesión (*ex voluntate, inter vivos*) de créditos, cuando, por virtud de un acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor (cedente y cesionario), la titularidad del derecho de crédito se transmite del primero al segundo, quien se subroga o subentra en la posición jurídica del primitivo acreedor.

Regulada por nuestro legislador civil en sede de compraventa (arts 1.526 ss CC), no cabe duda, sin embargo, de que la cesión de créditos puede responder a muy diferentes finalidades o funciones: venta, permuta, donación, pago, aportación social, etc. ¿Cabrá entonces configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario y autónomo?

Si, como ocurre por ejemplo en el Derecho alemán, el sistema de las transmisiones patrimoniales o adquisiciones derivativas *inter vivos* estuviera regido entre nosotros por el *Trennungsprinzip* y su correlato lógico el *Abstraktionsgrundsatz*, no habría ninguna dificultad al respecto: la cesión de créditos se configuraría como un negocio de disposición abstracto —consistente en la concorde voluntad de las partes, cedente y cesionario, de transmitir y adquirir la titularidad del crédito—, distinto e independiente de los negocios de obligación causales en los que pueda basarse (*cfr.*, por todos, SCHEYHING *Sukzessionen* § 2 I II, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp. 164 ss, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 16, 18; PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 2 a).

Se habla de *Trennungsprinzip* para designar la sistemática separación, en el seno del supuesto de hecho adquisitivo, de dos negocios jurídicos diferentes, uno de obligación y el otro de disposición. Y se habla de *Abstraktionsgrundsatz* para referirse al hecho de que la validez y eficacia del negocio de disposición es, por principio, independiente de la validez y eficacia del negocio de obligación en que aquél se basa (de esta abstracción llamada «externa» se distingue a veces una llamada abstracción «interna» para indicar que el negocio de disposición es también eficaz aunque las partes disientan sobre la causa o finalidad de la atribución). Y decimos, en fin, que uno es el correlato lógico del otro, porque, cuando se rechaza el «dogma de la abstracción», el «principio de separación» carece de buen sentido; una vez se rechaza que este principio sirva de soporte técnico sobre el que apoyar el carácter abstracto de las transmisiones patrimoniales, con la consiguiente mayor facilidad y seguridad del tráfico jurídico, la muy artificial y complicada escisión del supuesto de hecho adquisitivo en dos negocios distintos pierde toda utilidad práctica que no sea la escasamente relevante de permitir una explicación simple (que no la única satisfactoria) de la estructura de la compraventa con reserva de dominio: negocio de obligación puro e inmediatamente eficaz, negocio de disposición sometido a condición suspensiva (sobre lo anterior, de entre una literatura inabarcable, MEDICUS AT § 20, LARENZ *SchuldR* II 1 § 39 II).

Es preciso evitar que la terminología nos juegue una mala pasada. La dualidad negocios de obligación/negocios de disposición se ha empleado hasta aquí exactamente en el mismo sentido que dan los juristas alemanes a la dualidad *Verpflichtungsgeschäfte/Verfügungsgeschäfte*: negocios por los que una persona se obliga frente a otra a realizar una determinada acción u omisión; cuyo efecto jurídico primario es el nacimiento de un

deber de prestación, la constitución de una relación obligatoria *versus* negocios que están inmediatamente dirigidos a actuar sobre un derecho ya existente, modificándolo, transmitiéndolo, gravándolo o provocando su extinción (por todos, LARENZ AT § 18 II c; BROX AT § 5 I; además BETTI *Negocio jurídico* pp 213 ss). Dualidad ésta que sería gravemente equivocado poner en paralelo con la dualidad *contratos obligatorios/contratos traslativos*, que emplearé en lo que sigue para distinguir entre aquellos contratos —los traslativos— que producen de manera inmediata, por virtud del mero consentimiento legítimamente expresado, la transmisión del derecho de que se trate, y aquellos otros —los obligatorios— respecto de los que, caso de ser parte integrante del supuesto de hecho de una adquisición derivativa (lo que no puede suceder con el arrendamiento, mandato, comodato, depósito, etc., contratos éstos a los que en propiedad habría que reducir la categoría de los *Verpflichtungsgeschäfte* en los ordenamientos en que no rige el *Trennungsprinzip*), es preciso algún requisito ulterior al mero contrato para que el efecto traslativo se produzca.

Algunos ejemplos aclararán lo que quiero decir. En el Derecho francés o en el italiano la compraventa de cosas corporales es, típicamente, un contrato traslativo (arts 1.583 CC francés, 1.376 CC italiano), mientras que en el Derecho español es un contrato obligatorio (arts 609 II, 1.095 CC). ¿Cabría calificar entonces a la compraventa francesa de negocio de disposición y a la española de negocio de obligación en el sentido antes indicado? La respuesta es no. La compraventa francesa no puede ser considerada un mero *Verfügungsgeschäft*, sino un *Verpflichtungs-* y *Verfügungsgeschäft* a la vez, por cuanto también es su efecto jurídico inmediato la constitución entre comprador y vendedor de una compleja relación obligatoria (*cfr* arts 1.602 ss CC francés). Y de la misma forma habría que calificar a la compraventa española, al menos si, con la generalidad de la doctrina continental, se acepta como algo incontrovertible que no cabe transmisión de un derecho sin un *Verfügungsgeschäft* sobre el mismo: no podría considerarse entonces a la compraventa española de cosas corporales un *Verpflichtungsgeschäft* exclusivamente, por la sencilla razón de que para que se produzca en nuestro Derecho una transmisión de propiedad en virtud de compraventa no es preciso ningún otro negocio jurídico intermedio de disposición: la tradición —luego volveremos sobre ello— no es un negocio jurídico [Yo estoy convencido de que la idea de que no quepa transmisión de un derecho sin una declaración de voluntad finalmente dirigida a la producción de un tal efecto jurídico no es sino un prejuicio derivado de la exageración del dogma de la autonomía de la voluntad, que impide comprender adecuadamente un sistema como el de nuestro Derecho en el que, por un lado, el contrato de compraventa es el único elemento negocial del supuesto de hecho de transmisión de la propiedad a título de venta, y por otro lado, dicho contrato no requiere para su validez y eficacia ni una voluntad de transmitir el dominio por parte del vendedor, ni una voluntad de adquirirlo por parte del comprador. Pero no es éste tema del que ahora podamos ocuparnos]. La compraventa alemana es, naturalmente, un *Verpflichtungsgeschäft* y el acuerdo o contrato real abstracto (*Einigung, Auflassung*) un *Verfügungsgeschäft*. Pero, de querer aplicar a este último el segundo de los criterios de calificación que nos ocupa, habría probablemente que afirmar que se trata de un contrato obligatorio y no de uno traslativo: no basta la concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir para que la transmisión de la propiedad se produzca, siendo precisa además, bien la entrega de la cosa mueble, bien la inscripción en el Registro de la transmisión de la finca (§§ 873, 925, 929 BGB).

Y digo «probablemente» pensando en la interminable polémica de la doctrina alemana sobre si sea o no vinculante el *Einigung* para las partes con anterioridad a la *Übergabe* de la cosa mueble (por todos, SCHÖDERMEIER-WOOPEN JA 1985 pp 622 ss, STAUDINGER-WIEGAND § 929 Rz 80 ss; sobre la eficacia vinculante de la *Auflassung*, STAUDINGER-ERTL § 925 Rz 111).

Me gustaría que este ya demasiado largo excursus sirviera, por un lado, para poner de manifiesto hasta qué tal punto son siervas del concreto ordenamiento en cuyo seno surgen incluso las aparentemente más generalizables clasificaciones. Y por otro, para llamar la atención de lo profundamente insatisfactorio de los tratamientos que nuestra mejor doctrina dedica al respecto (ALBALADEJO *Derecho Civil* I-2.º p 159, II-1.º pp 422 s, DIEZ PICAZO-GULLON *Sistema I* pp 494 s, II pp 38 s, LACRUZ *Elementos* I-3.º p 252, II 2.º p 233, II-3.º p 12; pero véase también TORRENTE-SCHLESSINGER *Manuale* pp 165, 266). Ante lo que me atrevo a proponer para nuestro Derecho las siguientes clasificaciones y terminología. *Negocios de disposición/negocios meramente obligacionales o de obligación*, según que el negocio de que se trate pueda o no formar parte integrante de un supuesto de hecho modificativo, transmisivo, de gravamen o extintivo de un derecho preexistente. Con arreglo a este criterio de clasificación, no plenamente coincidente —nótese bien— con el de la doctrina alemana, por cuanto permite considerar negocios de disposición a algunos cuyo efecto jurídico primario es la constitución entre las partes de una relación obligatoria, serían negocios de disposición la compraventa, la condonación, la novación objetiva, o la donación (también la llamada «donación obligatoria»), y serían negocios meramente obligacionales el arrendamiento, el mandato, el comodato, o el depósito. Entre los negocios de disposición *inter vivos* destacarían los *contratos de transmisión o gravamen*, que se subdividirían a su vez en *contratos obligatorios* y *contratos traslativos*, en el sentido antes indicado. La compraventa de cosas corporales sería un contrato obligatorio, mientras que, según algunos (p.e., LACRUZ *Elementos* II-3.º pp 126 s; *contra* ALBALADEJO *Comentarios* VIII-1.º pp 14 ss), sin negar la posibilidad de donaciones obligatorias, la donación sería un contrato típicamente traslativo.

Aceptadas tales clasificaciones y terminología —permitaseme avanzar ideas sobre las que volveré más adelante— la compraventa de créditos (la cesión de créditos a título de compraventa, si se prefiere decirlo así) habría de ser calificada de *negocio de disposición* (al igual que la de cosas corporales) y de *contrato típicamente traslativo* (a diferencia de la de cosas corporales). En el Derecho alemán, la compraventa de créditos es un *Verpflichtungsgeschäft*. Lo que es un *Verfügungsgeschäft*, y uno por cierto inmediatamente traslativo, es la *Abtretung*, el negocio abstracto de cesión de créditos.

Muchos juristas italianos denominan contratos *traslativos* a los negocios de disposición a los que yo he llamado contratos de *transmisión o gravamen*, denominando contratos *con efectos reales* a los que he llamado contratos *traslativos* (por todos RUBINO *Compravendita* pp 298 ss). Pero no me satisface una terminología que obligue a decir que una donación obligatoria es un contrato traslativo y que una venta de crédito es un contrato con efectos reales. Por lo demás, la expresión «contratos con efectos reales» se ha empleado también para designar a los que he llamado contratos de transmisión o gravamen y la expresión «contratos con efectos obligatorios» para referirse a los que he denominado negocios meramente obliga-

cionales o de obligación (GALGANO *Diritto privato* p. 306). Más aceptable sería llamar contratos de *función o finalidad traslativa* a mis contratos de *transmisión o gravamen denominando inmediatamente traslativos* a los que yo he llamado *traslativos* a secas.

Pero, como es bien sabido (por todos, DE CASTRO *Negocio jurídico* pp 296 ss, ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario II* pp 104 ss) el sistema de las transmisiones patrimoniales o adquisiciones derivativas *inter vivos* en el ordenamiento jurídico español, se trate de derechos reales o de crédito, está regido por el «dogma de la causalidad» y, consecuentemente, por el que podríamos llamar «principio de la unidad» (*Einheitsprinzip*, como opuesto al *Trennungsprinzip*). La concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir en abstracto, o carece de una tal eficacia traslativa por falta de una *iusta causa*, o no es sino un añadido inútil al acuerdo de voluntades ya consumado, constituyente del negocio jurídico causal de que se trate. Para que una transmisión patrimonial se produzca es preciso un negocio jurídico verdadero y válido, legalmente bastante para transferir el derecho, real o de crédito, objeto de la misma; pero no hace falta ningún negocio jurídico más.

La tradición, necesaria como regla en nuestro Derecho para la adquisición derivativa *inter vivos* de la propiedad y demás derechos reales (arts 609 II, 1.095 CC), no es sólo que no pueda ser considerada un contrato o acuerdo real abstracto, sino que, sencillamente, no tiene en modo alguno carácter negocial (ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario II* p 106; véase también DIEZ PICAZO *Fundamentos II* p 662). Sería un grave error calificarla de contrato o acuerdo real causal; figura ésta que, como ya hemos dicho, no sería sino un añadido, superfluo desde el punto de vista lógico y generador de complicaciones prácticas no compensadas por su escasa utilidad, a la voluntad común ya integrante del contrato de transmisión o gravamen (de función o finalidad traslativa, si se prefiere) de que se trate. A la tradición, acto de por sí incoloro, lo colorea la *iusta causa traditionis* a la que responde; no es precisa al efecto una concomitante voluntad común de las partes de adquirir y transmitir (*contra*, expresando ideas que han venido siendo moneda corriente en nuestra doctrina, CASTAN-GARCIA CANTERO *Derecho Civil II-1.º* pp 302 s).

Valga lo anterior como refutación del intento de apoyar la existencia de un contrato unitario y autónomo de cesión de créditos en nuestro Derecho sobre la idea de que la cesión de créditos cumple respecto de los contratos obligatorios que tienen a los créditos por objeto, el mismo papel que cumple la tradición respecto de los contratos obligatorios que tienen por objeto cosas corporales (CASTAN-GARCIA CANTERO *Derecho Civil III* p 338, ESPIN *Manual III* p 232; poco claro ALBALADEJO *Derecho Civil II-1.º* pp 349 s; *contra* MADRIDEJOS RDN 1961, pp 383 s, LACRUZ *Elementos II-1.º* pp 296 s, NAVARRO *Cesión* p 41). Idea que yo considero completamente errónea.

Parece, pues, lo más sensato unirse a aquellos que opinan que, de la misma forma que no existe un unitario y autónomo negocio jurídico de transmisión de la propiedad y demás derechos reales (ni

abstracto ni causal), no existe tampoco un negocio jurídico unitario y autónomo de cesión de créditos. Que la cesión del crédito (*Forderungsübertragung*) no es otra cosa que el efecto jurídico común a toda una serie de contratos distintos entre sí —compraventa de créditos, donación de créditos, dación de créditos *pro soluto*, dación de créditos *pro solvendo*, etc.— que tienen por objeto derechos de crédito (MINERVINI *Sconto* pp 28 s, FRANCESCHELLI *Appunti* pp 4 ss, CARRARO *Riv dir civ* 1957 I pp 118 s, PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II p 536, CICALA *Cessione del contratto* pp 133 ss, RUBINO *Compravendita* p 228, PERLINGERI *Cessione* pp 32 ss, PANZARINI *Sconto* p 328 nt 504, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 258 s; ésta es entre nosotros la postura de MADRIDEJOS RDN 1961 p 384, NAVARRO *Cesión* pp 37 s, 41 s, y a lo que parece de LACRUZ *Elementos* II-1.º pp 297 s). La única manera posible de configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario y autónomo en el seno de un ordenamiento «causalista» como el nuestro es acudir a la categoría de los negocios o contratos con causa plural, variable, fungible o genérica (DE CASTRO *Negocio jurídico* pp 291 ss). La causa de contrato que nos ocupa consistiría en un elemento constante —la función de transferencia del derecho de crédito—, pero insuficiente por sí solo y que debe, por tanto, ser integrado por un elemento variable: la específica función o finalidad a la que en cada caso la transmisión del crédito responda (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 19 ss, *Cessione* pp 849 s; también MANCINI *Cessione* pp 379 ss, 383 y entre nosotros DIEZ PICAZO *Fundamentos* pp 802 s).

Debe rechazarse sin paliativos la calificación de la cesión de créditos como negocio abstracto (MADRIDEJOS RDN 1961, pp 382 s, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 803, LACRUZ *Elementos* II-1.º pp 297 nt 8, NAVARRO *Cesión* pp 38 s, MINERVINI *Sconto* pp 19 ss, PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 15 ss, *Cessione* pp 849 s, CICALA *Cessione del contratto* pp 130 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 29 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 258, MANCINI *Cessione* pp 381 ss; véase en cambio SOTGIA *Cessione* pp 156 s). Conviene advertir, sin embargo, como ya lo hiciera PANUCCIO *Cessione volontaria* p 18, que algunos de los autores que así la califican no emplean el adjetivo «abstracto» en su sentido propio (*cf* por ejemplo CASTAN-GARCIA CANTERO *Derecho Civil* III p 338).

Convencido como estoy, empero, de que entre una y otra posición existe una pura querella terminológica sin consecuencia práctica alguna (RUBINO *Compravendita* p 228 nt 228-*bis*), dejo aquí la cuestión. Si en adelante hablaré de la cesión de créditos como si se tratase de un contrato unitario y autónomo (con causa genérica), no es en modo alguno porque esté convencido de que sea así en realidad —confieso que me atrae mucho más la simplicidad técnica de la postura contraria— sino por una pura razón de comodidad expositiva.

II. Negado el carácter abstracto de la cesión de créditos, habrá de resultar obvio que no cabe en nuestro Derecho una cesión plena de un crédito, por más que las partes estén de acuerdo en que la plena titularidad del mismo se transmita de la una a la otra, si no existe *causa suficiente* para que una tal transmisión se produzca; que no son admisibles en nuestro Derecho las cesiones fiduciarias (así para el Derecho italiano, CARIOTA-FERRARA *Negozi fiduciari* p 176, RUBINO *Negocio indirecto* pp 177 s, PANUCCIO *Cessione volontaria* p 20 nt 29).

2.1. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, no cabe entre nosotros la figura de la cesión de créditos con finalidad de cobro (*Inkassozeession*: SCHEYHING *Sukzessionen* § 11 II, III, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 30 ss PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 7). Entiéndase bien lo que quiero decir: si la función económica que las partes quieren conseguir con la «cesión» es la de gestión de cobro del crédito en cuestión, por más que manifiesten su concorde voluntad de que, a los efectos de terceros, se transmita plenamente de uno a la otra la titularidad del derecho de crédito, tal transmisión no se producirá. El «cedente» seguirá siendo a todos los efectos único y verdadero acreedor. La «cesión» no producirá otra consecuencia jurídica que la de legitimar al «cesionario» para hacer valer el crédito, para exigir al deudor la prestación *en nombre propio*.

Como la *Einziehungsermächtigung* del Derecho alemán (STAUDINGER-DILCHER Vorbem 66 ss zu § 164, LARENZ SchuldR I § 34 V c, SCHEYHING *Sukzessionen* § 11 IV, GERNHUBER *Erfüllung* § 24, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 5 c, MünchKomm-THIELE § 185 RdNr 38 ss, MünchKomm-ROTH § 398 RdNR 33 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 8). Mucho ha discutido la doctrina alemana sobre cuál sea el soporte normativo, si alguno, de esta figura, terminando muchos por fundar su admisibilidad en el Derecho judicial o consuetudinario (además de los citados, RÜSSMANN JuS 1972 pp 169 ss). Creo que entre nosotros la cosa es mucho más sencilla.

Por un lado, contemplando las relaciones entre el titular del crédito y el autorizado para su cobro en nombre propio, basta acudir a los preceptos relativos al mandato o la comisión para encontrar el soporte normativo buscado. Porque estoy convencido de que, si bien es cierto que no todo mandato o comisión está acompañado de «poder», si por tal se entiende «el título de legitimación conferido a una persona para que pueda actuar *en nombre* de otra» (DE CASTRO *Temas* p 120), también lo es que en nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, resulta inherente a todo mandato o comisión la facultad del mandatario o comisionista de afectar de *manera inmediata*, en los límites del acto o negocio encomendado, a la esfera jurídico-patrimonial del mandante o comitente; si a la situación que confiere una tal facultad la llamásemos «poder» («autorización» en sentido amplio la llama DIEZ PICAZO *Representación* p 129) cabría afirmar que no existe en el Derecho español «separación» entre mandato/comisión y apoderamiento; que no es sólo que no sea éste un negocio jurídico abstracto (DE CASTRO *Temas* pp 121 ss, DIEZ PICAZO *Representación* pp 138 ss), sino que no existe como negocio jurídi-

co unitario y autónomo, independiente de los diferentes negocios de gestión de asuntos ajenos [pese a algunos errores serios, caminó en la dirección correcta GONZALEZ ENRIQUEZ *Rev Int Not* 46-47 (1960) pp 83 ss; *contra* DE LA CAMARA *Estudios* pp 39 ss] Aunque sin aceptar de manera expresa y tajante lo anterior —la sombra de Laband es alargada—, se impone cada vez más en nuestra doctrina la idea de que la llamada representación indirecta o mediata es una verdadera representación en la que la actividad del representante produce directamente efectos jurídicos en la esfera patrimonial del representado (ALBALADEJO *Derecho Civil* I-2.º pp 426 ss, DIEZ PICAZO *Representación* pp 45 ss, 264 ss, GULLON *Homenaje a Castro* I pp 759 ss, LACRUZ *Elementos* I-3.º pp 297, 339 s; *contra* DE LA CAMARA *Estudios* pp 75 ss).

Y por otro lado, contemplado las relaciones entre el autorizado para el cobro en nombre propio y el deudor (¿por qué está éste obligado a pagar a aquél?), habrá que convenir que todo mandato o comisión de cobranza *nomine proprio* implica una delegación al deudor para que se libere pagando al mandatario o comitente; *delegatio solvendi* ésta, a la que el deudor *debe hacer honor*, pues nada podría haber objetado a la plena cesión por el acreedor del crédito en cuestión (*cfr* ENNECCERUS-LEHMANN *Derecho de Obligaciones* § 80 III 2). Por fortuna no existe en nuestro Derecho ningún precepto como el § 787 II BGB: «El delegado no está obligado frente al delegante a la aceptación de la delegación o a la prestación al delegatario, por la sola circunstancia de que él sea deudor del delegante» (se comprende bien la extrañeza de SCHLESSINGER *Pagamento* pp 24 nt 29, 68 nt 36 ante el hecho de que la doctrina alemana favorable a la admisibilidad del *Einziehungsermächtigung* no se preocupara de coordinar tal afirmación con el § 787 II BGB) o como el artículo 1.269 II CC italiano: «El tercero delegado para efectuar el pago no está obligado a efectuar el encargo, aunque sea deudor del delegante. Se exceptúan los usos en contrario» (en sentido opuesto, p.e., art 468 II CO suizo). E incluso podría tratar de apoyarse lo aquí defendido en el artículo 1.162 CC: «El pago *deberá* hacerse a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre», habida cuenta que de la glosa de García Goyena a su antecedente en el Proyecto de 1851 (art 1.101) se deduce con claridad que se contemplaron con la frase subrayada los casos de «delegación o mandato del mismo acreedor, cuando manda que se pague a otro».

Por lo demás, si en el Derecho alemán, en el que —además del § 787 II BGB— existe una radical diferenciación entre representación inmediata y representación mediata, por principio sin eficacia directa esta última (por todos, STAUDINGER-DILCHER *Vorbem* 42 s zu § 164, MünchKommTHIELE *Vor* § 164 *RdNr* 14 s), la opinión dominante admite la figura de la *Einziehungsermächtigung* (también la *Verfügungsermächtigung* con base en el § 185 BGB; no, en cambio, la *Erwerbs*— ni la *Verpflichtungsermächtigung*: FLUME *Rechtsgeschäft* § 57, STAUDINGER-DILCHER *Vorbem* 69 ss zu § 164, MünchKomm-THIELE § 185 *RdNr* 42 ss), carecería de buen sentido no admitirla en el Derecho español, en el que, precisamente porque el «dogma de la causalidad» hace imposible admitir la figura de la *Inkassozeession*, resulta aquella mucho más necesaria en la práctica.

Manifiesto, en fin, mi pleno acuerdo con el cada vez más nutrido sector de la doctrina alemana que, contra la opinión del BGHZ, niega que sea preciso que el *Ermächtigte* tenga un interés propio en la realización del crédito para que pueda hacerlo valer judicialmente [además de la litera-

tura anteriormente citada, RÜSSMANN AcP 172 (1972) pp 520 ss]. Sin perjuicio, naturalmente, de la entrada en juego de los artículos 6.º 4 CC y 11.2 LOPJ, cuando pretenda utilizarse la figura analizada para obtener fraudulentamente ventajas procesales.

Salvo pacto en contrario, que tendrá la eficacia propia de los pactos de irrevocabilidad de los mandatos (por todos, DE LA CAMARA *Estudios* pp 191 ss), el «cedente» con finalidad de cobranza podrá revocar la «cesión» a voluntad (arts 1.733 CC, 279 CCom) y hacer valer el crédito por sí mismo; pero el deudor que, pese a la revocación, pague de buena fe a quien todavía cree «cesionario» quedará liberado (arts 1.164, 1.734 CC). En caso de embargo del crédito por los acreedores del «cesionario», dispondrá el «cedente» de la acción de tercería de dominio (arts 1.532 ss LEC); en caso de quiebra del «cesionario», de la *separatio ex iure dominii* (art 908 CCom). El embargo del crédito por los acreedores del «cedente» será plenamente eficaz y carecerá el «cesionario» de acción de tercería alguna; la quiebra del «cedente» extinguirá la «cesión» (art 1.732.3.º CC), el crédito se incorporará a la masa de la quiebra, y el «cesionario» carecerá de derecho de separación alguno. Por principio —pues cabe extender o restringir por pacto las facultades del «cesionario» (permitirle descontar el crédito; no permitirle hacerlo valer judicialmente...)— el «cesionario» no está legitimado para disponer del crédito «cedido». Una cesión suya a tercero será, como regla, inhábil para hacerle adquirir el crédito. Excepción: con base en la doctrina de los actos propios (art 7.1 CC), cabe afirmar que adquirirá la titularidad del crédito *a non domino* quien se lo haya comprado, aceptado *pro soluto*, etc. al «cesionario», creyendo de buena fe que era su verdadero titular por haber confiado en una *situación objetiva de apariencia* cuya creación sea *imputable al «cedente»* (p.e., éste documentó la «cesión» en escritura pública sin expresión de su finalidad de cobro y puso en posesión del «cesionario» los títulos probatorios del crédito «cedido»; índices de la titularidad del «cesionario» éstos, en los que confió *de buena fe* quien adquirió de él el crédito *a título oneroso*). Sobre si el cesionario puede delegar su encomienda o emplear dependientes al efecto, artículos 1.721 s CC, 261 s CCom. El deudor podrá oponer al «cesionario» todas las excepciones que pudiera alegar contra el «cedente» (*cf* art 21 II LCCh), aun las fundadas con posterioridad a la «cesión», o al momento en que el deudor hubiese tenido conocimiento de ella: en concreto, podrá oponerle la compensación de un crédito que haya adquirido contra el «cedente» con posterioridad al momento en que tuvo conocimiento de la «cesión» (*comp* art 1.198 III CC). Podrá oponerle también excepciones derivadas de la relación interna entre «cedente» y «cesionario». Pero no excepciones derivadas de sus propias relaciones jurídicas con el «cesionario»: en concreto, el deudor no podrá oponer al «cesionario» la compensación de

un crédito que tenga contra él (art 1.195 CC). En caso de incumplimiento por parte del deudor, la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios habrá de calcularse con arreglo al interés del «cedente» (*comp infra* apartado X *in fine*). Que es, por supuesto, caso de proceder el crédito «cedido» de una relación obligatoria sinalagmática, a quien corresponderá en exclusiva decidir sobre la resolución o no de la misma por incumplimiento del deudor «cedido» (*comp infra* subapartado 8.1).

Para todo lo anterior, me remito a la literatura alemana ya citada sobre la *Einziehungsermächtigung*. Si el lector se molesta en leer también la mencionada sobre la *Inkassozeession* [adde SEETZEN AcP 169 (1969) pp 355, 357, 366, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 236 ss, 241, 244], comprobará como la doctrina y jurisprudencia alemanas han terminado por ofrecer para ella un régimen muy semejante al que acabamos de exponer. Con dos diferencias: eficacia, como regla, de los actos de disposición del crédito por el cesionario, y no revocabilidad de la cesión a voluntad del cedente. Dos diferencias, a mi juicio, nada recomendables.

2.2. En el Derecho alemán, en el que impera el «dogma de la abstracción», cabe perfectamente la cesión *plena* de un crédito con finalidad de garantía (*Sicherungszession*: LARENZ SchuldR I § 34 V a, SCHEYHING *Sukzessionen* § 11 I, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 5 a, BAUR SachenR § 58, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 74 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 6). No es así en el Derecho español.

Por lo que respecta a los Derechos francés y belga, la doctrina se encuentra dividida: DELVAUX *Mobilisation* pp 539 ss, VAN OMMESLAGHE *Transmission* p 90, PARDON *Transmission* pp 387 ss, FONTAINE *Transmission* pp 656 s. Lo mismo cabe decir de la moderna doctrina italiana, ante una jurisprudencia favorable a la admisión de la figura: referencias en PANZARINI *Sconto* pp 123 ss nts 228 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 278 ss; a favor, recientemente, PERLINGERI *Cessione* pp 37 ss, PANZARINI *Sconto* p 125 nt 230 y poco claro MANCINI *Cessione* pp 384 s. Conviene advertir, para evitar confusiones, que si bien es verdad que nuestros juristas citan entre las clases de cesiones de créditos las fiduciarias en garantía (DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 803, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 297), también lo es que, tras DE CASTRO *Negocio jurídico* pp 379 ss, ningún jurista español de prestigio ha defendido la admisibilidad en nuestro Derecho de los negocios fiduciarios, según los concibe la llamada «teoría del doble efecto».

Si la finalidad económica de las partes pretenden conseguir con la «cesión» es la de garantía de un crédito del «cesionario» contra el «cedente» (o, menos frecuente, contra un tercero), por más que manifiesten su concorde voluntad de que, a los efectos de terceros, se transmita plenamente de uno a otro la titularidad del derecho de crédito, tal transmisión plena no se producirá. Quedará constituida

simplemente una, así llamada, «prenda de crédito». Esto es, de acuerdo con la tesis hoy dominante en materia de «derechos sobre derechos» (por todos, LARENZ AT § 13 II 10 y entre nosotros DE CASTRO *Derecho Civil I* pp 595 ss), se producirá un desgajamiento y transmisión al «cesionario» de determinadas facultades integrantes del crédito «cedido», cuyo contenido quedará distribuido entre «cedente» y «cesionario» de la forma que más adelante veremos. No tendrá lugar una sucesión ordinaria en el crédito, sino una, así llamada, «sucesión constitutiva» (VON TUHR *Tratado* p 325 nt 2)

El BGB contempla y regula con detalle la prenda de créditos (§§ 1279 ss). Requisito de eficacia de la misma, en los supuestos de créditos ordinarios (transmisibles por simple contrato de cesión), es la notificación de la prenda al deudor por parte del acreedor del crédito pignorado (§ 1280). Pues bien, es moneda corriente entre los autores alemanes la observación de que la falta de empleo de esta figura y su sustitución en la práctica por la *Sicherungszession* se ha debido en importante medida a la exigencia de tal requisito para la eficacia de aquélla, que ésta no precisa. Porque el cumplimiento del requisito de la notificación produce molestias a los clientes y puede resultar perjudicial para el crédito de los pignorantes —una *stille Sicherungszession* es posible (por todos, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 12 s, 37) pero no una *stille Verpfändung von Forderungen*— y porque no cabe la pignoración anticipada de créditos futuros, la identidad de cuyo deudor es aún desconocida (WOLFF-RAISER *Derecho de Cosas* § 175 nts 7, 16, § 179 I, II 3, STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND *Vorbem 1 zu §§ 1273 ss, § 1273 Rz 15, § 1279 Rz 2, BAUR § 58 I 1 a, MünchKomm-ROTH / 198 RdNr 78, MunchKomm-DAMRAU Vor § 1204 RdNR 5, WOLF SachenR § 30 V).*

También el artículo 2.800 CC italiano dispone que la prenda de créditos no tiene lugar, sino cuando su constitución ha sido notificada al deudor del crédito dado en prenda o ha sido aceptada por éste por escrito de fecha cierta. Puede comprenderse entonces que se haya sentido la necesidad práctica de admitir la figura de la cesión en garantía (MANCINI *Cessione* p 384). Peor aún están las cosas en los Derechos francés y belga. No sólo rige para la prenda de créditos un artículo paralelo al citado del Código italiano (art 2.075 CC), sino la jurisprudencia, pese a las críticas de la doctrina, se ha empeñado en aplicar a dicha figura el artículo 2.076 CC, en el sentido de considerar requisito constitutivo de la prenda la entrega al acreedor prendario del título en que el crédito conste; de donde la imposibilidad de dar en prenda los créditos no documentados (GROSLIERE *Gage* nn 171 ss, DELVAUX *Mobilisation* pp 520 ss).

Si se repasa la literatura española sobre la prenda de créditos (ROSENDE RCDI 1927 pp 561 ss, 642 ss, DIEZ PASTOR RCDI 1930 pp 447 ss, CAPO BONAFUS RCDI 1931 pp 282 ss, DE CASTRO *Derecho Civil* pp 598 s, GULLON *Subhipoteca* pp 36 ss, GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 413 s, PEÑA *Derechos Reales* p 379 s) podrá constatarse práctica unanimidad en el sentido de que la notificación de la misma al deudor es también en nuestro Derecho requisito constitutivo de la prenda de créditos. Si ello fuera cierto, cabría plantearse la cuestión de hasta qué punto las necesidades del tráfico exigen de la doctrina y la jurisprudencia un esfuerzo en favor de la admisibilidad de las cesiones (plenas) de créditos en garantía. Pero yo creo que no lo es.

Escribió DE CASTRO: «La prenda de crédito no está reconocida, en general, en nuestro Derecho, seguramente, para evitar las dificultades técnicas que produce, y regula sólo la prenda de valores (arts 1.864 y 1.868 CC, 320-324 CCom), por ser sus títulos susceptibles de posesión. La prenda de un simple crédito, en otros casos, podrá tener eficacia en el Derecho español, mediante el mecanismo de la cesión, comunicada al deudor (art 1.527 CC), que conste en instrumento público (art 1.865), creando una legitimación útil en garantía en favor del acreedor prendario». Estoy plenamente de acuerdo en que, dejando a un lado la prenda de valores —a la que, en efecto, hay que entender se refiere, junto al art 1.872 *in fine*, el art 1.868—, la prenda de crédito no está contemplada en los artículos 1.863 ss CC: el artículo 1.864 termina con las palabras «con tal de que sean susceptibles de posesión», que no se encontraban en el artículo 1.772 del Proyecto de 1851 («Solamente pueden darse en prenda los bienes muebles»), y ha desaparecido la referencia a la prenda de crédito titulado en escritura pública o inscripción nominativa del artículo 1.774 II del citado Proyecto. Estoy también plenamente de acuerdo en que el régimen jurídico de la prenda de créditos ha de extraerse, por analogía, de las normas relativas a la cesión de créditos y de las relativas a la prenda (así también VON TUHR *Tratado* p 327). Pero me parece indudable —lo argumentaré con detalle en los apartados III y IV de este trabajo— que la notificación de la misma al deudor cedido no es requisito de eficacia de la cesión de créditos, ni *inter partes* ni frente a terceros, incluido el propio deudor. Cuestión distinta es que, si paga de buena fe al cedente, resulte liberado (art 1.527 CC); no por haber pagado a quien todavía era su acreedor, sino pese a haber pagado a quien sólo era ya acreedor aparente (*cf* art 1.164 CC). Y me parece indudable, por tanto, que la notificación al deudor de la pignoración del crédito existente contra él no es requisito de eficacia de la prenda, ni *inter partes* ni frente a terceros, deudor incluido (igual para el Derecho suizo VON TUHR *Tratado* p 328). Quien, eso sí, quedará liberado si, por no haber tenido conocimiento de la pignoración, paga de buena fe al acreedor del crédito dado en prenda, pese a no ser éste ya el exclusivo titular del crédito (art 1.527 CC por analogía).

Ningún obstáculo existe pues en nuestro Derecho frente a una prenda de crédito «secreta» (*stille*), ni frente a la pignoración anticipada de créditos futuros en su máxima amplitud: aunque no se haya celebrado todavía el contrato generador del crédito, ni sea conocida la identidad del futuro deudor (*comp* STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1273 Rz 14 s, MünchKomm-DAMRAU § 1273 RdNr 4, GROSLIERE *Gage* nn 161 ss). En este último caso, la prenda sólo quedará constituida cuando el crédito llegue efectivamente a nacer. Si el pignorante cae antes en quiebra, únicamente si en la fecha de ésta el contrato generador del crédito en cuestión ya había sido celebrado (STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1273 Rz 16).

Que para que la prenda de créditos pueda resultar probada en contra de terceros (otros acreedores del acreedor del crédito pignorado; ulterior cesionario o acreedor prendario) sea preciso que conste en un documento de fecha cierta anterior, es indudable. Puede dudarse, en cambio, si cabe que se trate de un documento privado (*arg* art 1.526 I CC), o debe tratarse necesariamente de un instrumento público (*arg* art 1.865 CC). Me inclino por la primera postura. Por un lado, porque es la que menos se separa del principio general de libre valoración de las pruebas. Y por otro, porque el artículo 1.865 —un precepto, por cierto, muy difícil de entender dentro del sistema de nuestro Derecho: ¿por qué no basta la «publicidad» que

supone el traslado posesorio (art 1.863 CC)?— procede del artículo 1.774 I del Proyecto de 1851, que rezaba así: «El derecho de prenda, sea cualquiera la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto contra tercero, si no consta en instrumento público o privado, cuya fecha sea cierta, con arreglo al artículo 1.209» (el art 1.209 del Proyecto fue el antecedente del actual 1.227 CC). Lo que ciertamente no es un argumento a favor, sino quizás todo lo contrario, para admitir por analogía el documento privado del artículo 1.227 a los efectos del artículo 1.865 (aunque no ha faltado polémica al respecto: GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 422 s). Pero que sí debe serlo para, en la duda sobre si aplicar analógicamente a la prenda de créditos el artículo 1.526 I o el 1.865 CC, decidirse por el primero de ellos.

En nuestro Derecho —al igual que en el francés (art 2.081 CC) o en el italiano (arts 2.802, 2.791 CC)— la prenda de créditos es, salvo pacto en contrario, *anticrética* (art 1.868 CC por analogía); no es ya que la prenda se extienda a los intereses del crédito pignorado (como en el § 1.289 BGB), sino que es el acreedor prendario el exclusivo titular de las pretensiones para reclamarlos y hacerlos suyos, bien que se imputarán, en primer lugar, al pago de los intereses del crédito garantizado, y si nos los produce o en cuanto excedan, al pago del capital del mismo (*cfr* art 1.173 CC). La reclamación al deudor de los intereses que vayan devengándose no es sólo un derecho, sino también un deber del acreedor prendario, de cuyo incumplimiento habrá de responder, por ejemplo, si por su culpa los intereses prescriben (GROSLIERE *Gage* n 182, GORLA *Pegno* p 129).

Respecto del capital del crédito pignorado, se crea una especial cotitularidad entre el acreedor pignoraticio y el del crédito dado en prenda. Con el artículo 507 CC en la mano, parece que dicho capital sólo podrá ser reclamado al deudor por ambos conjuntamente, o por uno con el consentimiento del otro, o con autorización judicial en su defecto. Por aplicación de la jurisprudencia relativa al ejercicio por los comuneros de acciones en interés de comunidad (por todos, MIQUEL *Comentarios V-2.º* pp 81 ss), podrá seguramente sostenerse que, a falta de oposición por parte del otro, cualquiera de los dos estará legitimado para reclamar al deudor el capital para ambos conjuntamente. Realizada por el deudor la prestación, el acreedor del crédito dado en prenda adquirirá la propiedad del bien entregado y el acreedor pignoraticio el derecho de prenda (o de anticresis, si se trata de un inmueble) sobre el mismo. Si se trata de dinero, deberá ponerse a interés en la forma decidida conjuntamente por ambos o, en caso de desacuerdo, por la autoridad judicial (art 507 II por analogía). El artículo 2.803 CC italiano concede en exclusiva al acreedor pignoraticio el derecho-deber de realizar a su vencimiento el crédito recibido en prenda. No creo que pueda llegarse a una solución igual en nuestro Derecho (*contra* GULLON *Subhipoteca* pp 48 ss). El intento de argumentar que sí con base en la figura del usufructuario del artículo 507 CC que haya prestado la fianza correspondiente, conduciría a la absurda conclusión de que el acreedor prendario podría dar al capital cobrado el destino que estimase conveniente (*cfr* art 507 II *pr*). No parece posible siquiera llegar a la solución del § 1282 I BGB de atribuir la exclusiva legitimación para el cobro del crédito al acreedor pignoraticio (si se trata de un crédito de dinero, sólo en la medida necesaria para su satisfacción), desde el momento en que el crédito garantizado resulte vencido e impagado (de distinta opinión DIEZ PASTOR RCDI 1930 pp 453 s, CASTAN-MARIN PEREZ *Derecho Civil II-2.º* pp 497 s, ALBALADEJO *Derecho Civil III-2.º* p 255; *contra* GULLON *Subhipoteca* pp 54 ss).

Pero —nótese bien— *salvo pacto en contrario*. En el momento de cele-

brar el contrato de prenda del crédito, las partes pueden convenir, por ejemplo, que será el acreedor del crédito pignorado el único legitimado para reclamar su cobro al deudor. Se trataría de una prenda de crédito «secreta» (*stille*), en la que la autorización de cobro, por cuanto integrante del ensamblaje global del contrato de garantía, sería irrevocable, aunque se extinguiría de pleno derecho en el momento en que estuviesen en peligro los intereses del acreedor pignoraticio (*cfr* MünchKomm-ROTH 398 RdNr 37). O pueden convenir, por el contrario, que la realización del crédito pignorado corresponderá al acreedor pignoraticio, aunque su crédito no haya vencido todavía, quien retendrá la prestación del deudor en la parte necesaria para cubrir la deuda garantizada (*cfr* STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1257 Rz 22, § 1281 Rz 7, MünchKomm-DAMRAU § 1284 RdNr 1, GROSLIERE *Gage* n 184, WEILL *Sûretés* p 98 nt 2). Facultad de cobranza ésta también irrevocable, en cuanto integrada en la estructura del contrato de prenda (VON TUHR *Tratado* p 330); y que conlleva para el acreedor pignoraticio un deber de conservación (no prescripción, mantenimiento de garantías y privilegios) y cobro ordenado del crédito pignorado (art 1.867 CC por analogía; *cfr* también § 1285 II BGB, art 2802 *in fine* CC italiano).

Resulta obvio que, una vez constituida la prenda, la remisión, el aplazamiento, o cualquier otro negocio relativo a la existencia o efectividad del crédito pignorado, sólo pueden llevarse a cabo por el acreedor del mismo con el consentimiento del acreedor pignoraticio, cuyo derecho concurrente sobre el crédito no puede quedar menoscabado sin su voluntad (VON TUHR *Tratado* p 329). De la *ratio* del artículo 1.527 CC, sin embargo, se deduce con claridad que el deudor podrá hacer valer tales negocios contra el acreedor pignoraticio no consentidor, si, por no haber tenido conocimiento de la pignoración, los realizó de buena fe con quien creía su exclusivo acreedor (VON TUHR *Tratado* p 330). El acreedor del crédito dado en prenda puede, eso sí, cederlo o volver a pignorarle libremente. Nada de ello podrá perjudicar la situación jurídica del (primer) acreedor pignoraticio, salvo que haya cometido la imprudencia de no proveerse de un documento de fecha cierta en que conste su derecho (arts 1.526 I, 1865 CC).

Es indudable que, por principio, el acreedor pignoraticio no está legitimado para realizar actos de disposición sobre el crédito dado en prenda. Ahora bien, tratándose, como de ordinario, de créditos de dinero, ¿cabría un pacto entre aquél y el acreedor del crédito dado en prenda en el sentido de que, resultando incumplido el crédito garantizado, el acreedor pignoraticio devendría (*pro soluto* o *pro solvendo*) titular exclusivo del crédito pignorado en la medida necesaria para su satisfacción? A mi juicio, sí [La doctrina y jurisprudencia francesas parecen ir incluso más lejos, afirmando con carácter general que los pactos comisorios no están prohibidos cuando se trata de prenda de créditos: GROSLIERE *Gage* nn 138, 184, 191, WEILL *Sûretés* pp 96, 98; dirección en la que se mueve en Italia PERLINGERI *Cessione* pp 40 ss. En la doctrina alemana, STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1284 Rz 3, MünchKomm-DAMRAU 1284 RdNr 2. Entre nosotros, un apunte en GULLON *Subhipoteca* p 56]. No cabrá ninguna duda, para quien acepte que la prohibición del pacto comisorio (art 1.859 CC) no incluye el llamado «pacto marciano»: convenio según el cual, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el bien constituido en garantía se transferirá al acreedor garantizado, pero quedando obligado éste a abonar a su deudor una suma igual a la diferencia entre el valor del bien, calculado de forma exquisitamente objetiva, y la cuantía del debito impagado (ALBALADEJO *Derecho Civil* III-2.º p 233,

GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 370 s, BIANCA *Patto commissorio* p 718, CARNEVALI *Patto commissorio* p 505, ROPPO *Responsabilità* p 437). Pero aún quien no comparta lo anterior (WOLFF-RAISER *Derecho de Cosas* § 165 I 4, STAUDINGER-WIEGAND § 1229 Rz 7), tendrá que reconocer que —tratándose, insisto, de créditos de dinero— el supuesto analizado no es más peligroso para el acreedor del crédito dado en prenda, que una prenda regular de dinero —en la que, incumplida la obligación garantizada, se permite al acreedor pignoraticio apropiarse de la suma necesaria para su satisfacción— lo es para el deudor. Admitida, pues, su licitud, es claro que, de existir un pacto como el que nos ocupa entre acreedor del crédito pignorado y acreedor pignoraticio, podrá este último, vencido e impagado que sea su crédito, no sólo reclamar por y para sí al deudor el pago del crédito pignorado (cuando venza) en la medida necesaria para su satisfacción, sino también, en la misma medida de la cuantía del crédito garantizado, cederlo a título oneroso o gratuito, condonarlo, u oponerlo en compensación frente a un crédito que el deudor tenga contra él (*comp* STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1282 Rz 17, MünchKommDAMRAU § 1282 RdNr 6).

Al igual y por idéntica razón que ocurre en la cesión de créditos, el deudor podrá oponer al acreedor pignoraticio legitimado para el cobro todas las excepciones que tuviese ya fundadas (en el sentido de existir ya su fundamento jurídico en la relación obligatoria fuente del crédito pignorado) contra su acreedor en el momento de constitución de la prenda. También, como ya hemos indicado, el pago, la condonación, el aplazamiento, o cualquier otro negocio jurídico relativo a la existencia o efectividad del crédito pignorado, realizado con quien creía su exclusivo acreedor, por no haberle sido notificada la constitución de la prenda. Y si no ha consentido la pignoración, podrá oponerle también al acreedor pignoraticio la compensación de los créditos contra el acreedor del crédito pignorado anteriores a la constitución de la prenda [*cfr* STS 19 septiembre 1987, CCJC 15 (1987) pp 5023 ss, con comentario de ROJO AJURIA] y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la pignoración (arts 149 II LH, 1.527, 1.198 CC por analogía: *cfr* apartado XIII de este trabajo; para el Derecho suizo, VON TUHR *Tratado* pp 329 s; para el Derecho italiano, art 2805 CC y GORLA *Pegno* pp 136 ss; para el Derecho alemán § 1275 en relación con §§ 404-407 BGB, STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1275 Rz 2 s, § 1282 Rz 2 s, § 1282 Rz 14, MünchKommDAMRAU § 1275 RdNr 2, § 1282 RdNr 7). También podrá el deudor oponer al acreedor pignoraticio excepciones relativas a la validez de la prenda (GORLA *Pegno* p 138; *contra* DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 284 nt 100). ¿Podrá oponerle, en fin, la compensación de un crédito que tenga contra él mismo? Sin duda sí, cuando, habiéndose pactado entre acreedor del crédito pignorado y acreedor pignoraticio la cesión *pro soluto* o *pro solvendo* (de la parte necesaria) del crédito dinerario dado en prenda, condicionada suspensivamente al incumplimiento de la obligación garantizada, dicho incumplimiento se haya producido y el acreedor pignoraticio esté reclamando por derecho propio (la doctrina alemana dominante admite la compensación que nos ocupa en el supuesto del § 1282 I BGB: por todos LARENZ *SchulDR* § 18 nt 49, GERNHUBER *Erfüllung* § 13 II 2, MünchKomm-VON FELDMANN § 387 RdNr 5). Creo que no, salvo que lo acepte el acreedor del crédito pignorado, en los demás cargos (*arg* art 1.195 CC; así para el Derecho italiano GORLA *Pegno* p 138).

Ni que decir tiene que, incumplida la obligación garantizada y no vencido aún el crédito pignorado, el acreedor pignoraticio podrá hacer uso

de lo dispuesto en el artículo 1.872 CC para la realización de la prenda común (con las necesarias adaptaciones: ROSENDE RCDI 1927 p 663, GULLON *Subhipoteca* p 54 nt 80). Según lo dispuesto en el § 1282 I *in fine* BGB y en el artículo 2.804 I CC italiano, el acreedor pignoraticio insatisfecho puede exigir que el crédito dinerario dado en prenda le sea asignado en pago (poco claro si *pro soluto* o *pro solvendo*) hasta la concurrencia de su crédito. No hay norma entre nosotros que permita sostener una solución paralela; si bien —como espero habrá quedado demostrado— es posible que un resultado así se produzca de forma automática, en virtud de un pacto al efecto entre acreedor del crédito pignorado y acreedor pignoraticio.

En todo lo anterior, hemos contemplado tres personajes: acreedor pignoraticio, acreedor del crédito pignorado y deudor (también del crédito pignorado). Podría haber dos personajes más: el pignorante y el deudor del acreedor pignoraticio; pero por regla general coincidirán con el acreedor del crédito pignorado. Por otro lado, es posible que el acreedor pignoraticio coincida con el acreedor del crédito pignorado (prenda sobre crédito propio) o, mucho más frecuente, que el acreedor pignoraticio coincida con el deudor (prenda sobre deuda propia, *pignus debiti*) o, en fin, que lleguen a coincidir deudor y acreedor del crédito (WOLFF-RAISER *Derecho de cosas* § 176 nt 1, STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1279 Rz 5 s, Münchkomm-DAMRAU § 1273 RdNr 5 y respecto de la última hipótesis, GERNHUBER *Erfüllung* § 19 6 c).

La «cesión» del crédito en garantía, si instrumentada en documento público o privado *de fecha cierta* (lo que es preciso a los efectos de poder ser probada frente a terceros; art 1526 I CC por analogía), es, sin necesidad de ulteriores requisitos, perfectamente válida y eficaz (para constituir una prenda sobre el crédito en cuestión), tanto *inter partes* como frente a terceros, deudor «cedido» incluido. Ahora bien, si por no haber tenido conocimiento de la «cesión», el deudor paga de buena fe al «cedente», quedará liberado, aunque con arreglo al contrato de garantía no fuera el «cedente» el legitimado en exclusiva para el cobro (art 1.527 CC por analogía).

Si el crédito cedido produce intereses, el «cesionario» es, salvo pacto en contrario, el exclusivo titular de las pretensiones para reclamarlos y hacerlos suyos; bien que se imputarán, en primer lugar, al pago de los intereses del crédito garantizado, y si no los produce o en cuanto excedan, al capital del mismo (art 1.868 CC por analogía). El ejercicio ordenado de tales pretensiones no es sólo un derecho, sino también un deber del «cesionario» frente al «cedente». Que esté o no legitimado el «cesionario» para cobrar por sí solo el capital del crédito «cedido», es algo que depende del contrato de garantía. Si nada se ha previsto, habrá que responder que no, si todavía no ha vencido el crédito garantizado: legitimación conjunta de «cedente» y «cesionario» (en los mismos términos que la que se produce, en materia de prenda de créditos, entre el acreedor pignoraticio y el acreedor del crédito pignorado), sin perjuicio de que el deudor quede liberado *ex artículo* 1.164 CC, si paga de buena fe sólo a este último,

por creerle su exclusivo acreedor. Pero, precisamente porque la finalidad de garantía se ha tratado de conseguir mediante una cesión plena, habrá que responder afirmativamente, estimando concedida de forma implícita la correspondiente autorización de cobranza, en la hipótesis de que la deuda garantizada haya vencido ya y resultado insatisfecha por el «cedente». Si el crédito «cedido» era de dinero, el «cesionario» podrá retener lo necesario para la satisfacción del crédito garantizado, restituyendo al «cedente» el sobrante. Si de cosa distinta del dinero, no adquirirá el «cesionario» la propiedad de la misma (*arg arts 1859, 1884 I CC*); la propiedad corresponderá directamente al «cedente», adquiriendo a su vez el «cesionario» el derecho real de prenda (si cosa mueble) o de anticresis (si bien inmueble), que podrá ejecutar de inmediato. El «cesionario» no sólo puede, sino que tiene el deber frente al «cedente» ya incumplidor de velar por la conservación (no prescripción, mantenimiento de garantías y privilegios) y cobro ordenado del crédito «cedido» (art 1.867 CC por analogía). Lo mismo habría que afirmar si en el contrato de garantía se hubiese autorizado al «cesionario» a cobrar por sí solo el crédito «cedido», aun antes del vencimiento de la deuda garantizada. Salvo que así se pacte, sin embargo, no tiene el «cesionario» el deber de únicamente exigir al «cedente» el cobro del crédito garantizado tras haber intentado sin éxito satisfacer su interés con cargo al crédito «cedido». El pacto que impusiera tal deber, por lo demás, desnaturaría la operación que nos ocupa, convirtiéndola en una cesión *pro solvendo* (*infra* 2.3).

Una vez realizada la «cesión», el «cedente» no puede llevar a cabo por sí solo, sin el consentimiento del «cesionario», la condonación, el aplazamiento, o cualquier otro negocio relativo a la existencia o efectividad del crédito «cedido». De la *ratio* del artículo 1.527 CC, sin embargo, se deduce con claridad que el deudor podrá hacer valer tales negocios contra el «cesionario» no consentidor, si, por no haber tenido conocimiento de la «cesión», los realizó de buena fe con quien creía su exclusivo acreedor. Sí puede el «cedente» vender, donar, etc. a tercero el crédito «cedido» (o volver a «cederlo» en garantía); lo que en modo alguno podrá perjudicar la situación jurídica del (primer) «cesionario», si está provisto de documento de fecha cierta en el que conste la «cesión». Si los acreedores del «cedente» embargan el crédito «cedido», dispondrá el «cesionario» de la tercería de mejor derecho (arts 1532 ss LEC), no de la tercería de dominio; en caso de quiebra del «cedente», no de una *separatio ex iure dominii*, sino *ex iure crediti*, un derecho de ejecución separada (art 918 CCom por analogía).

A no ser que el «cedente» le haya autorizado expresamente al efecto en el contrato de garantía, es indudable que, con anterioridad al vencimiento de la deuda garantizada, carece el «cesionario» de legitimación para disponer por sí solo del crédito «cedido». Una cesión

suya a tercero será inhábil para hacerle adquirir el crédito, a excepción de los supuestos de protección de los terceros de buena fe y a título oneroso, por aplicación a la conducta del «cedente», al que quepa imputar la creación de una situación objetiva de apariencia de titularidad plena y exclusiva del «cesionario», de la regla *nemo potest venire contra factum proprium* (art. 7.1 CC). Ahora bien, yo creo que es perfectamente lícito —que no vulnera la prohibición de los pactos comisorios (art. 1.859 CC)— que las partes de un contrato de prenda de crédito, tratándose, como será lo ordinario, de un crédito de dinero, pacten que, de resultar impagada a su vencimiento la deuda garantizada, el acreedor pignoraticio devendrá titular exclusivo del crédito pignorado en la medida necesaria para su satisfacción. Y creo que en el caso ahora estudiado, precisamente porque la finalidad de garantía se ha tratado de conseguir mediante una cesión plena, un pacto de ese tipo —*pro solvendo*, en concreto— debe considerarse implícito. Así pues, vencida e impagada que resulte la obligación garantizada, y en la medida que resulte necesario para su satisfacción, el «cesionario» estará legitimado, no sólo para reclamar por y para sí al deudor el pago del crédito dinerario «cedido» cuando venza, sino también, siempre en aquella medida, para cederlo a título oneroso o gratuito, condonarlo, y oponerlo en compensación frente a un crédito que el deudor «cedido» tenga contra él. Si con anterioridad al vencimiento de la deuda garantizada, los acreedores del «cesionario» embargan el crédito «cedido», dispondrá al «cedente» de la tercería de dominio; en caso de quiebra del «cesionario», de la *separatio ex iure dominii*: a fin de hacer constar que el crédito «cedido» no es de la exclusiva titularidad del «cesionario», evitando así que sea realizado como integrante de la masa de la quiebra y su producto destinado a pagar a los acreedores del «cesionario» (de la masa de la quiebra formará parte el crédito garantizado, que indudablemente lo seguirá estando por el crédito «separado», correspondiendo a los administradores de la quiebra las facultades del acreedor pignoraticio en la prenda de créditos). Si el procedimiento ejecutivo, singular o universal, se entabla una vez vencida e impagada la deuda garantizada, lo único sensato es dejarlo seguir adelante, entregando finalmente al «cedente», en su caso, el *superfluum*.

El deudor «cedido» podrá oponer al «cesionario» todas las excepciones que tuviese ya fundadas (en el sentido de existir ya su fundamento jurídico en la relación obligatoria fuente del crédito «cedido») contra el «cedente» en el momento de la «cesión». También, como ya hemos indicado, el pago, la condonación, el aplazamiento, o cualquier otro negocio relativo a la existencia o efectividad del crédito «cedido», realizado de buena fe con el «cedente», por no haber tenido previo conocimiento de la «cesión». Y si no ha consentido la «cesión», podrá oponer también al «cesionario» la compensación de los créditos contra el «cedente» anteriores al momento de la «cesión».

y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la misma (todo lo anterior, con base en los arts 149 II LH, 1.527, 1.198 CC, según se analizará con detalle en el apartado XIII). También podrá el deudor «cedido» oponer al «cesionario» las excepciones derivadas de la relación interna entre éste y el «cedente». En cuanto a si podrá oponerle la compensación de un crédito que tenga contra el propio «cesionario, la respuesta es sí, de reclamar éste el pago del crédito «cedido» una vez vencida e incumplida la deuda garantizada y en la medida necesaria para su satisfacción. No es otro caso (*arg* art 1.195 CC); pero nótese que en este otro caso no estará legitimado el «cesionario» para la cobranza del capital del crédito «cedido», a no ser que el «cedente» le haya autorizado al respecto.

No puede negarse al «cesionario» a quien el «cedente» no hubiera satisfecho oportunamente el crédito garantizado, la facultad de instar la enajenación del crédito «cedido» según los trámites previstos en el artículo 1.872 CC. Lo que sólo llegará a ocurrir, razonablemente, en el raro supuesto de «cesión» de un crédito no dinerario.

Si cesa la finalidad de garantía —básicamente por pago del crédito garantizado— la «cesión» deviene sin más ineficaz. No es que el «cesionario» quede obligado a retroceder el crédito al «cedente»: la «retrocesión» se produce automáticamente, sin necesidad de negocio jurídico alguno entre ambos. Lo que no ocurre porque la «cesión» haya de entenderse sometida a una tal condición resolutoria, sino simplemente en virtud del carácter necesariamente accesorio de las garantías en un sistema jurídico «causalista» como el español.

Como regla, la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento por parte del deudor «cedido» habrá de calcularse con arreglo al interés del «cedente». Que será también, caso de proceder el crédito «cedido» de una relación obligatoria sinalagmática, a quien corresponderá en exclusiva decidir sobre la resolución o no de la misma por incumplimiento del deudor.

Si el lector se molesta ahora en repasar la doctrina alemana sobre la *Sicherungszession* [adde SEETZEN AcP 169 (1969) pp 355, 357, 366, PEETERS JZ 1977 p 120, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 236 ss, 241, 244] estará, espero, de acuerdo conmigo en que los puntos en que más claramente se diferencia el régimen jurídico de dicha figura del expuesto en el texto —mucho más amplia posibilidad de abuso por parte del cesionario en garantía, no exigida por la justa protección de los terceros; no automática retrocesión del crédito al cedente al cesar la finalidad de garantía— no incitan en verdad a importarla entre nosotros. Es significativo que la generalidad de los juristas italianos partidarios de su admisión, afirmen como axiomático que toda cesión en garantía se encuentra sometida a la condición resolutoria, con retroactividad «real», de que cese la finalidad de garantía (*cf* DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 277, 283, 286).

2.3. La finalidad de pago de una obligación preexistente sí es, en cambio, causa bastante para justificar la plena transmisión del cré-

dito del deudor/cedente al acreedor/cesionario. Lo que no sólo vale para la cesión *pro soluto* —en la que la transferencia del crédito es contemporánea y funcionalmente coesencial con la extinción de la obligación originaria—, sino también para la cesión *pro solvendo*, en la que la extinción de la obligación originaria no es contemporánea a la cesión (el crédito cedido y el originario coexisten en la relación que enseguida describiremos), sino que sólo se produce en el momento en que el crédito cedido haya sido realizado por el acreedor/cesionario.

Si se haya querido uno u otro tipo de cesión de créditos, es cuestión de interpretación de la voluntad de las partes. En caso de duda, habrá que decidirse por la cesión *pro solvendo*: con el apoyo normativo que pueden suponer los artículos 1.170 II, 1.204 CC, y porque no se ve ningún motivo sensato, como regla, que pudiera inducir al cesionario a considerar extinguido su primitivo crédito y cargar sobre sí el riesgo de insolvencia del deudor cedido. Argumentos ante los que ninguna fuerza puede tener la observación de que la cesión *pro solvendo* es prácticamente idéntica a una cesión *pro soluto* con garantía de solvencia del deudor cedido por parte del cedente y que, con arreglo a los artículos 1.529 I CC, 348 CCom, la garantía de la *bonitas nominis* no puede presumirse. Sobre el tema, por todos, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 811, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 6, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 11, STAUDINGER-KADUK § 364 Rz 21; además artículo 1.198 II CC italiano.

Que la eficacia típica de la cesión *pro solvendo* sea plenamente traslativa del crédito en cuestión —y no sólo atributiva de la legitimación para cobrarlo como mandatario o comisionista *in rem propriam*— es hoy opinión absolutamente dominante (por todos, BACCICALUPI BBTC 1954 II pp 377 ss, KÖHLER WM 1977 pp 246 S, PERLINGERI *Cessione* pp 44 ss, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 3, ZACCARIA *Prestazione* pp 198 ss, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 11). El crédito sale del patrimonio del cedente, quien ya no podrá disponer eficazmente de él ni exigir su pago, quedando por completo al abrigo de la acción de sus acreedores; el cesionario podrá disponer de él como suyo y tendrá el derecho exclusivo de hacerlo valer contra el deudor cedido. Compárense estas consecuencias con las que resultarían de la postura de reducir la cesión *pro solvendo* a un mandato o comisión de cobranza, aunque sea irrevocable (*cfr* además de los citados DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 276 nt 72) y no quedarán dudas sobre lo razonable de la opinión mayoritaria. La eficacia plenamente traslativa del crédito típica de la cesión *pro solvendo*, distingue a esta figura de la prenda de créditos (PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II p 538, GORLA *Pegno* p 124, PERLINGERI *Cessione* p 55) y, si se aceptan las ideas expuestas en el subpartado 2.2 de este trabajo, de la «cesión» de créditos en garantía.

Atendida la presumible voluntad de las partes, el régimen específico de la cesión *pro solvendo* puede resumirse como sigue.

El acreedor/cesionario tendrá que tratar de satisfacer su interés, en primer término, a costa del crédito cedido. «Entretanto —por utilizar las muy precisas palabras del art 1.170 III CC— la acción derivada de la obligación principal quedará en suspenso».

Digo «muy precisas palabras», porque creo que la cesión *pro solvendo* de un crédito de fecha de vencimiento posterior a la del crédito originario, no conlleva necesariamente (aunque, por supuesto, pueda pactarse que sí y en muchas ocasiones así deba entenderse) una prórroga del vencimiento de este último o un *pactum de non petendo* —lo que impediría o haría cesar la mora del deudor/cedente—, sino sólo una exclusión transitoria de la accionabilidad de la primitiva pretensión, con la consiguiente excepción en sentido procesal a disposición del deudor/cedente demandado [KÖHLER WM 1977 pp 247 ss, MEDICUS SchuldR I § 24 II 1, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 13. Para GERNHUBER *Erfüllung* § 3 V 2 b, § 9 I 9, se trata de una excepción en sentido material, pero con el único efecto de poder denegar la pretensión y no de impedir la producción de la mora. Por la postura tradicional del *pactum de non petendo*, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 18 I 1, BROX Allg SchuldR RdNr 165. Entre nosotros PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 227 ss, que acertadamente rechaza la idea de la entrega *pro solvendo* de una letra con vencimiento posterior al del crédito *ex causa* comporte una prórroga del vencimiento de éste, lo configura como sometido a la condición suspensiva (potestativa) del previo intento de cobro de la letra; con la conclusión, entre otras, de que no devenga intereses moratorios (p. 231)].

Sea lo anterior como fuere, es aquel «quedar en suspenso la acción» la parte del régimen jurídico propio de la cesión *pro solvendo* que, poniendo con claridad de manifiesto su finalidad típicamente solutoria, caracteriza funcionalmente dicha figura frente a la prenda de créditos y la «cesión» en garantía. No puede negarse que la cesión *pro solvendo* desempeña de hecho un papel de «garantía» o reforzamiento de los intereses del acreedor/cesionario, que cuenta tras ella con dos posibles vías alternativas de satisfacción de los mismos; que tiene ahora frente a sí a dos deudores diferentes. Pero la subordinación de la accionabilidad de la obligación primitiva al intento infructuoso de realización del crédito cedido es, cabalmente, lo contrario de lo que cabe típicamente predicar de una garantía en sentido técnico-jurídico propio: que en modo alguno obstaculiza el libre ejercicio por el acreedor de la obligación garantizada, ni le impone la realización en primer término de la garantía a fin de satisfacer su interés; realización que no se desea de antemano y que se subordina al incumplimiento de aquella obligación (CAPO BONAFUS RCDI 1931 p 291, CARIOTA-FERRARA *Negozi fiduciari* pp 177 s, RUBINO *Negocio indirecto* pp 178 ss, PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II pp 538 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 53 s, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 7,

PANZARINI *Sconto* pp 120 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 275 s).

No hará falta, empero, traer aquí a colación las polémicas sobre la naturaleza jurídica del *factoring* —en concreto: en el llamado «*factoring* impropio», en el que de acuerdo con la opinión dominante existe un préstamo del *factor* al empresario, ¿cede éste a aquél los créditos en garantía de las sumas anticipadas, lo hace *pro solvendo*, o, como afirma el BGHZ, ambas cosas a la vez? (cfr SERICK BB 1976 pp 429 s, BB 1979, p. 847, CARNEVALI *Riv dir civ* 1978 I pp 331 s, MUSIELAK *Entgeltliche Geschäftsbesorgung* pp 1252 s, CANARIS *Bankvertragsrecht* p 850, ESSERWEYERS *SchuldR* II § 4 IV 4, MEDICUS *SchuldR* II § 122 III 2 b, BAUR *SachenR* § 58 I 2 e, MünchKomm-ROTH § 398 RdNR 120, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 9 b)— para darse cuenta de que las fronteras entre una y otra figura serán en ocasiones muy difíciles de trazar (cfr también BIGIAVI BBTC 1958 I pp 287 ss, GRIPPO *Contrato e Impresa* 1986 pp 378 ss). Baste señalar que, en mi opinión, no es incompatible con la calificación de «cesión» en garantía para una determinada operación (si bien no se tratará de una «cesión» en garantía típica, ni el hecho de que el «cedente» haya concedido al «cesionario» una muy amplia legitimación para hacer valer y disponer del crédito o créditos «cedidos», ni que hayan convenido que las cantidades que el «cesionario» reciba del deudor o deudores «cedidos» se imputarán de manera inmediata y directa al pago del crédito o créditos «garantizados» (cfr MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 75). Sí lo es cambio, a mi juicio, un pacto en el sentido de que el «cesionario» únicamente podrá exigir al «cedente» el pago del crédito o créditos «garantizados» tras haber intentado sin éxito satisfacer sus intereses con cargo al crédito o créditos cedidos.

Este es, en fin, el momento oportuno para hacer la observación siguiente. Con alguna frecuencia se habla de cesiones *pro soluto* y cesiones *pro solvendo* en un sentido completamente distinto al aquí empleado: para contraponer aquellas cesiones en las que el riesgo de la insolvencia del deudor cedido queda a cargo del cesionario (*pro soluto*) de aquellas en las que queda a cargo del cedente (*pro solvendo*), con independencia de la función específica a la que cada concreta cesión responda, es decir, *aunque no se trate de cesiones con específica función de pago*. Así ocurre con bastantes autores italianos que se han ocupado del contrato de *factoring* (por todos, CARNEVALI *Riv dir civ* 1978 I *passim*, CLARIZIA *Factoring* pp 325 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 57 ss y paradigmático TRIMARCHI *Istituzioni* pp 430 s), provocando un notable barullo terminológico. Pues nos dicen que en el seno de dicha relación contractual existen cesiones *pro soluto* (para los créditos «aprobados» por el *factor*; lo que los alemanes llaman «*echten*» *Factoring*) y cesiones *pro solvendo* (para créditos no «aprobados»; «*unechten*» *Factoring*). Dejándonos luego averiguar si dichas cesiones *pro soluto* son en realidad compraventas de créditos en las que, como es típico, el cedente no garantiza la solvencia del deudor cedido, o si, por el contrario, se trata de auténticas cesiones *pro soluto*, esto es, con función de inmediato pago (del préstamo que, también en estos casos, se entendería haría el *factor* a su cliente); y si dichas cesiones *pro solvendo* son en realidad «cesiones» en garantía o, por el contrario, verdaderas cesiones *pro solvendo*, esto es, *solvendi causa*. Nótese que, desde la muy imprecisa terminología a la que venimos haciendo alusión, no es ninguna incongruencia afirmar que, en el llamado «*factoring* impropio»

pio», se trata de cesiones *pro solvendo* en garantía de las sumas anticipadas; ocurre sólo que, en una afirmación así, las palabras «*pro solvendo*» no sirven más que para confundir (GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 7 y MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 75 nt 187 nos informan de que en la teoría y práctica alemanas se dan imprecisiones terminológico-conceptuales parecidas). Es preciso resistirse con dureza —concluamos así— a la vez más extendida práctica de utilizar las palabras «*pro solvendo*» como forma pedante de decir «salvo buen fin». El descuento bancario, por ejemplo, es típicamente «salvo buen fin» (no *a forfait*); pero puede discutirse si se trata de una venta del crédito con garantía de pago del mismo, o de un préstamo a cambio de una cesión del crédito *pro solvendo* (además de la monografía de PANZARINI *Sconto*, véase por ejemplo FIORENTINO *Contratti bancari* pp 166 ss, STAUDINGER-KÖHLER *Vorbem* 20 zu § 433).

La «suspensión» de la acción derivada de la obligación primitiva cesará, precisamente por extinción de ésta, con la realización del crédito cedido por parte del acreedor/cesionario, quien habrá satisfecho así su interés en la forma indirecta prevista en el contrato de cesión *pro solvendo*. Se ha afirmado que, si la suma obtenida con la realización del crédito excede la cuantía de la obligación originaria, el cesionario habrá de restituir el exceso al cedente por falta de título para retenerlo (BACCIGALUPI BBTC 1954 II pp 326 s, PERLINGERI *Cessione* p 49; véase también PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II p 537; *contra*, acertadamente, ZACCARIA *Prestazione* pp 201 s). En principio, tal afirmación carece del más mínimo sentido, pues no juega en esta materia la prohibición de los pactos comisorios (GORLA *Pegno* p 125), ni se admite con carácter general la rescisión por lesión. Cuestión distinta es que las partes hayan pactado expresamente tal restitución o, lo que es lo mismo, hayan acordado que sólo una parte del crédito se cede efectivamente *pro solvendo* y que el resto se «cede» con fines de mera cobranza (*cf*r ZACCARIA *Prestazione* p 203). Si la realización del crédito se produce mediante el descuento del mismo, habrá que entender subordinada la extinción de la obligación primitiva a la condición suspensiva/resolutoria de la desaparición/realización del riesgo de regreso del descontante por impago del deudor cedido (KÖHLER WM 1977, p 251, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 12, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 14, PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 236 s). La extinción será en cambio inmediata/definitiva si la realización del crédito cedido se produce por la venta del mismo a tercero sin garantía de la *bonitas nominis*.

Cesará también la «suspensión» tras un intento bastante de cobro del crédito cedido por parte del acreedor/cesionario, que resulte infructuoso. Como regla, debe entenderse que es «intento bastante» para abrir las puertas a la acción derivada de la obligación primitiva la mera reclamación extrajudicial de pago hecha al deudor cedido y desatendida por éste, sin que sea preciso proceder judicialmente contra él ni hacer previa excusión de sus bienes [KÖHLER WM 1977

p 250, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 13, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 12, MEDICUS SchuldR I § 24 II 2, PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 228. Otra es probablemente la solución del Derecho italiano, por cuanto la remisión del art 1.198 II al art 1.267 II CC hace pensar que se ha configurado la cesión *pro solvendo* al modo de una cesión *pro soluto* sólo que con garantía de la solvencia del deudor cedido, o sea, únicamente si *no puede pagar*, no si *no quiere*, cfr BACCIGALUPI BBTC 1954 II pp 382 s, PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II p 539, PERLINGERI *Cessione* pp 47, 53, 54 s, PANZARINI *Sconto* pp 144 ss, 382 s nts 602 s, ZACCARIA *Prestazione* pp 206 s, 222 ss]. Naturalmente, si en dicha hipótesis el acreedor/cesionario opta por valerse del crédito originario, quedará contractualmente obligado a retroceder al deudor/cedente el crédito cedido *pro solvendo* con los correspondientes documentos probatorios (no veo razón suficiente para predicar una retrocesión automática, como parece hacer PERLINGERI *Cessione* p 49; véanse en cambio GORLA *Pegno* p 125, PANZARINI *Sconto* pp 128 s). Y parece muy razonable sostener, con apoyo normativo en la idea que late tras del art 1.308 CC, que el deudor/cedente estará legitimado para retener la prestación por él debida hasta que dicha retrocesión tenga lugar (GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 13 b, PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 233 s).

El acreedor/cesionario ha de emplear la diligencia razonablemente exigible a fin de mantener incólume el crédito cedido —de impedir que prescriba, de conservar sus garantías y privilegios— y de realizarlo en el modo, lugar y tiempo más adecuados. Lo que no significa necesariamente reclamar su pago al deudor cedido en el instante mismo del vencimiento: del artículo 1.530 CC cabe deducir que el legislador, como regla, no considera negligente una espera al efecto de menos de un año. ¿Qué ocurrirá si a causa del negligente actuar del acreedor/cesionario el crédito cedido prescribe, pierde alguna de sus garantías o privilegios, o deviene total o parcialmente incobrable por insolvencia sobrevenida del deudor cedido? Una posible respuesta —extraída de la brillante pluma del profesor PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 244 s— sería ésta: el acreedor/cesionario perderá la posibilidad de hacer valer contra el deudor/cedente el crédito originario, que habrá de reputarse extinguido. Y éste, el argumento: aplicación análoga del artículo 1.170 II CC, en cuanto expresión del principio general que prohíbe el *venire contra factum proprium* (art 7.1 CC) y que específicamente prohíbe que alguien pueda pedir de otro el restablecimiento de una situación primitiva (la situación precedente a la cesión *pro solvendo* en la que el acreedor/cesionario podía ejercitar la acción derivada de la obligación primitiva), cuando por su parte no está en condiciones de reestablecerla, devolviendo intacto el valor que se le entregó; principio —nos dice el autor citado— que reconoce expresamente el artículo 1.295 CC en materia de rescisión (cabría añadir

el art 1.078 y los arts 1.308, 1.314 CC en la aguda interpretación de DELGADO ECHEVERRÍA *Comentarios XVII-2.º* pp 341 s nt 5). Argumentación que, cuando menos si se matiza en el sentido de exigir que la imposibilidad de reestablecimiento de la situación anterior *sea imputable a quien la reclama*, posee un extraordinario poder de convicción.

La matización parece necesaria, pues la «*culpa* del acreedor» exige al fin y al cabo el artículo 1.170 II CC —aunque tras la nueva regulación de la cláusula «sin gastos» en el artículo 56 I LCCh (*cf*r PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 242) y visto el artículo 64 LCCh un supuesto de perjuicio de la letra no imputable al acreedor parezca prácticamente imposible— y de «*dolo o culpa*» del que pudiera ejercitar la acción de nulidad habla también el artículo 1.314 I CC. La reducción teleológica de este último precepto que realiza Delgado Echeverría —con base en el art 1.188 del Proyecto de 1851 y el comentario al mismo de García Goyena— en el sentido de entenderlo sólo aplicable a los supuestos de anulabilidad en que hubiera existido mala fe de la otra parte (fue, por ejemplo, el autor del dolo, la violencia o la intimidación), rigiendo en los demás casos la regla general que el citado autor quiere ver en el artículo 1.308 CC, no es en modo alguno segura: el artículo 1.314 CC es bastante distinto, y cabalmente en el tema que nos ocupa, a su antecedente en el Proyecto de 1851; García Goyena nunca citó al artículo 1.194 del Proyecto de 1851, antecedente del actual artículo 1.308 CC, como el precepto que estableciera la regla general a que la excepcionasen los números 1.º y 2.º del artículo 1.188 y respondiera el número 3.º del mismo (citó el artículo 1.160 del Proyecto); en fin, no parece irrazonable pensar que el artículo 1.308 CC está sólo pensado para aquellos casos en que ambas devoluciones son posibles.

Ciertamente, el artículo 1.295 I prop 2.º se aplica con independencia de la causa por la que el que haya pretendido la rescisión (menor llegado a la mayor edad, ausente aparecido) no pueda devolver aquello a que por su parte estuviera obligado (lo que recibió a cambio su representante legal). Pero ocurre sencillamente que en tal hipótesis la rescisión se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios a cargo del causante o causantes de la lesión (art 1.295 III CC, cuya aplicación también en el caso del párrafo primero del precepto ha argumentado convincentemente MORENO QUESADA *Comentarios XVII-2.º* pp 172 ss).

La otra posible respuesta sería —resulta obvio— la siguiente: el acreedor/cesionario responderá contractualmente frente al deudor/cedente de los daños y perjuicios que por su negligencia le haya causado (KÖHLER WM 1977, pp. 249 s, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 11 b, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 12, MEDICUS SchuldR I § 24 II 2). El resultado práctico de aceptar esta postura no debe diferir del derivado de la aceptación de la anterior, en aquellos supuestos en que, de haber actuado diligentemente el acreedor/cesionario, hubiese cobrado en su totalidad un crédito cedido *pro solvendo*, extinguiéndose correlativamente la obligación primitiva. Se trataría sólo de encontrar el medio técnico (¿compensación? ¿excepción correlativa a la pretensión de remisión de la deuda originaria, a modo de resarcimiento en forma específica? *exceptio doli* con arre-

glo a principio *dolo facit qui petit quod mox redditurus est?*) que permitiera al deudor/cedente oponer al acreedor/cesionario su crédito indemnizatorio contra él, a fin de rechazar íntegramente la primitiva pretensión (conservando el acreedor/cesionario, claro está, el crédito que le fue cedido *pro solvendo*, si bien ya prescrito, sin garantía o privilegio, o total o parcialmente incobrable). Igual será también la solución desde ambas posturas —pero ahora la de que el acreedor/cesionario podrá hacer valer plenamente el crédito originario—, de resultar probado que, en realidad, la negligente conducta del mismo no causó daño alguno al deudor cedente (p.e., aunque dejó que el crédito cedido *pro solvendo* prescribiese, se trataba de un crédito que ya en el momento de la cesión era absolutamente incobrable; aunque provocó la pérdida de una garantía del crédito cedido, la misma hubiera resultado ineficaz de cualquier forma, en cuanto excluida por otras de rango preferente). Porque me parece indudable que el artículo 1.170 II *in fine* CC debe ser reducido teleológicamente en el sentido de excluir aquellas hipótesis en que el perjuicio del pagaré o la letra no causa daño alguno al primitivo deudor (PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 242 ss).

Diferirá, sin embargo, en los restantes casos. Piénsese, por ejemplo, en que el acreedor/cesionario haya dejado prescribir el crédito cedido *pro solvendo*, pero que el deudor de dicho crédito estuviera en quiebra, bien ya declarada en el momento de la cesión, bien declarada después, pero tras un período de tiempo lo suficientemente breve como para que no pudiera tildarse de negligente al acreedor/cesionario que hubiera aguardado un plazo así antes de reclamar el pago al deudor cedido. En hipótesis como éstas, la segunda de las vías de solución resulta equitativamente más generosa para el acreedor/cesionario y evita enriquecimientos difíciles de justificar en favor del deudor/cedente. Y ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.488 CC dice así: «Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o *por culpa del comprador*, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse». Ha de tenerse en cuenta, esto es, que nuestro legislador no ha dudado en ser generoso con el sujeto culpable de que no sea ya posible el restablecimiento de la situación primitiva (a resultados del ejercicio de la acción redhibitoria), a fin de evitar un enriquecimiento injustificado de la contraparte.

Visto todo lo cual, y reconociendo lo enormemente discutible del asunto, me atrevería a proponer la respuesta siguiente. Como regla, probado por el deudor/cedente que por culpa del acreedor/cesionario el crédito cedido *pro solvendo* no puede serle ya retrocedido en su integridad, habrá de considerarse extinguida la obligación primitiva. Como excepción, al acreedor/cesionario le cabrá demostrar, bien que en realidad su conducta culposa no ha causado daño alguno al deu-

dor/cedente —en cuyo caso podrá hacer valer plenamente contra éste el crédito originario, previa retrocesión al mismo del crédito cedido—, bien que el daño causado no puede considerarse equivalente a la cuantía de la primitiva obligación, porque, de haber él cumplido con la diligencia exigible sus deberes de conservación e intento de realización de crédito cedido *pro solvendo*, con retrocesión tempestiva del mismo al deudor/cedente, éste no podría haberlo realizado sino por una cuantía sensiblemente inferior a su valor nominal. En cuyo caso, el acreedor/cesionario, siempre previa retrocesión del crédito cedido, podrá hacer valer el crédito primitivo; pero sólo por la diferencia entre el valor nominal del crédito que le fue cedido *pro solvendo* y la cuantía por la que, de haber él actuado diligentemente, podría haberlo realizado el deudor/cedente.

Opinión ésta que cabe apoyar, además de en los argumentos anteriormente manejados, en la *ratio* inspiradora del artículo 1.852 CC que, en términos muy semejantes a los de los artículos 2.037 CC francés y 1.955 CC italiano, dispone que «los fiadores, aunque sean solidarios, quedarán libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo». Bastando señalar aquí que las doctrinas francesa, italiana y española parecen generalmente conformes en entender, por un lado, que el efecto liberatorio sólo se producirá si la pérdida del derecho, garantía o privilegio en que subrogarse, provocada por la conducta del acreedor, ha causado realmente un perjuicio al fiador, y por otro lado, en que dicha liberación no será necesariamente total, sino proporcionada al perjuicio efectivamente sufrido por el fiador [BETANT-ROBET *Rev trim dr civ* 1974 pp 343 ss, DELEBECQUE *Cautionnement* nn 294 s, FRAGALI *Fideiussione* p 471, RAVAZZONI *Fideiussione* p 288, GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 337 s. Los autores franceses defienden también la solución de la liberación parcial del fiador en los casos en que la imposibilidad de subrogación sea debida a la culpa concurrente de acreedor y fiador: BETANT-ROBET *Rev trim dr civ* 1974 pp 342 s, DELEBECQUE *Cautionnement* n 290; *contra* GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 336 s. En fin, sobre el reparto de la carga de la prueba, BETANT ROBET *Rev trim dr div* 1974 p 345, WEILL *Sûretés* p 54 nt 7]. Lo mismo cabe decir, en fin, de la doctrina alemana, con un texto legal —§ 776 BGB— de tenor literal mucho más favorable a una interpretación así (KNÜTEL FS Flume I p 590, STAUDINGER-HORN § 776 Rz 11; sobre la distribución de la carga de la prueba MünchKommPECHER § 776 RdNr 13).

III. Dentro de los sistemas de adquisición derivativa que se rigen por los que hemos llamado (*supra* I) «principio de la unidad» y «dogma de la causalidad», cabe hacer una subdistinción entre sistemas de transmisión por el mero consentimiento (regidos por el *reines Vertragsprinzip*) y sistemas de transmisión por el título y el modo (que

unen a los anteriores el llamado *Traditionsprinzip* o *Übergabegrundsatz*). En los primeros —Derecho francés e italiano, por ejemplo— los contratos de transmisión o gravamen son típicamente contratos traslativos; en los segundos, contratos obligatorios.

Que el sistema español de adquisición y transmisión *de la propiedad y los demás derechos reales* es uno de los integrantes del segundo grupo (uno de *Verbindung von Einheitsprinzip und Übergabegrundsatz*) es algo respecto de lo que los artículos 609 II y 1.095 CC y sus antecedentes no permiten albergar ningún género de duda. Pero igualmente indudable resulta, en mi opinión, que no ocurre lo mismo por lo que a la transmisión de los derechos de crédito respecta. La cesión de créditos es un contrato típicamente traslativo —*rectius*: la compraventa, donación, cesión en/para pago, etc. de créditos son contratos típicamente traslativos. Ningún acto de entrega o traspaso al cesionario de la (cuasi) posesión del crédito por parte del cedente es necesario para que se produzca la transmisión de su titularidad de éste a aquél [MADRIDEJOS RDN 1961 p 390, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 643, DIEZ PICAZO *Fundamentos I* p 806, ALBADALEJO *Derecho Civil II-1.º* p 350 nt 1, II-2.º p 61, LACRUZ *Elementos II-1.º* p 297; *contra* NAVARRO *Cesión* pp 103 ss. Igual ocurre en el Derecho alemán (MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 3), por citar sólo otro sistema no regido con carácter general por el *reines Vertragsprinzip*]. Como sus antecedentes históricos y tenor literal prueban sin lugar a dudas, los artículos 609 II y 1.095 CC no son aplicables a la cesión de créditos. Y tampoco puede servir de argumento en contra lo dispuesto en el artículo 1.464 CC, por la sencilla razón de que una cosa es que el vendedor o cedente de un crédito tenga la obligación de «entregárselo» al comprador o cesionario por alguno de los medios que el citado precepto señala, y otra muy distinta, que la transmisión del crédito de uno al otro esté supeditada al cumplimiento de dicha obligación. Por lo demás, ¿se le ocurriría a alguien sostener que, no constando la cesión de un crédito en escritura pública, ni existiendo ningún «título de pertenencia» del mismo, la transmisión del crédito en cuestión no se producirá hasta el momento en que el cesionario haga uso de él, consintiéndolo el cedente?

El artículo 1.689 CC francés dispone que, en la transmisión de un crédito, «*la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire para la remise du titre*»; y pese a ello, es hoy opinión unánime entre los juristas franceses que la «*remise du titre*» no es requisito necesario para que, entre cedente y cesionario, la transmisión del crédito se entienda producida: ello sucede —nos dicen— por efecto del mero consentimiento (GHESTIN *Transmission* pp 17 s, RIEG *Cession* nn 119 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p 943). Dice el artículo 1.262 CC italiano que el cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito que estén en su posesión; bien que precisando que, si lo cedido es sólo una parte del crédito, deberá dar al cesionario copia auténtica de los mismos (pues, claro está, necesita los originales para sí). En el mismo sentido se expresa el § 402 BGB, que

comienza disponiendo además que el antiguo acreedor está obligado a comunicar al nuevo la información necesaria para hacer valer el crédito. Que tales deberes accesorios los tiene también el cedente en el Derecho español, es algo indudable. No ya por lo dispuesto en el artículo 1.464 CC (los deberes existen aunque la cesión se haya hecho en escritura pública que equivalga a la «entrega»), sino con base en el artículo 1.258 CC: los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Pero, por supuesto, a ningún jurista italiano o alemán se le ha ocurrido sostener que el cumplimiento de los deberes previstos en los citados preceptos de sus Códigos Civiles sea requisito de la eficacia traslativa de la cesión de créditos (*cf*r PANUCCIO *Cessione* p 869, PERLINGERI *Cessione* pp 118 s).

De la lectura conjunta del artículo 24 LCCh y del artículo 347 CCom al que remite, parece deducirse que la entrega del título tampoco tiene valor constitutivo en materia de cesión ordinaria de (créditos incorporados a) títulos de crédito nominativos o a la orden, contemplada también en los artículos 14 II y 120 III LCCh. Entrega que, por supuesto, el cedente está obligado a realizar, siendo lo más sensato sostener que el derecho a la misma del cesionario es reflejo de su ya adquirida (desde el momento de la cesión) propiedad del título [PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 183. En la misma línea, para el Derecho italiano, FIORENTINO *Titoli di credito* p 188, PERLINGERI *Cessione* pp 122 ss. En el Derecho alemán, en cambio, es opinión dominante que la entrega del título es requisito constitutivo de la cesión ordinaria de un título a la orden, aunque no de un título nominativo: MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 27 s, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 3 b].

Fracasaría, en fin, cualquier intento de aplicar a la cesión de créditos la teoría del título y el modo por la vía de considerar «modo» a tal efecto la notificación de la cesión al deudor cedido. Veamos por qué.

El artículo 1.690 CC francés dispone que sólo tras la notificación mediante agente judicial de la cesión al deudor cedido, o de la aceptación de la misma por éste en acto auténtico, está investido el cesionario de la titularidad del crédito en relación con el deudor y los demás terceros. El artículo 1.264 I CC italiano nos dice que «la cesión tiene efecto frente al deudor cuando éste la ha aceptado o cuando le ha sido notificada» y el artículo 1.265 contiene una norma paralela por lo que respecta a la eficacia de la cesión respecto de terceros adquirentes. Como resulta incongruente en grado sumo afirmar por un lado la eficacia traslativa inmediata de la cesión entre cedente y cesionario, y negar por otro una tal eficacia respecto del deudor cedido —si afirmamos que el cesionario es el verdadero acreedor del deudor cedido, no podemos afirmar a la vez que el deudor cedido sigue siendo verdadero deudor del cedente, salvo que se quiera sostener que cedente y cesionario son acreedores solidarios del deudor cedido— no cabe duda de que, con artículos en la mano como los que acabamos de citar, sería bastante razonable llegar a la conclusión de que, salvo anterior aceptación de la cesión por parte del deudor cedido,

el momento traslativo del crédito coincide con el de la notificación de la cesión al deudor; a atribuir, esto es, a dicha notificación el papel de requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario (así ALLARA *Vicende* pp 253 ss, MANCINI *Cessione* pp 386 ss).

Debe advertirse ya, sin embargo, que dicha postura es absolutamente minoritaria entre los juristas italianos, inclinados cada vez en mayor número hacia la tesis de la eficacia traslativa inmediata de la cesión de créditos, tanto *inter partes* como frente al deudor cedido, la tutela del cual *ex* artículo 1.264 CC no sería sino expresión del principio inspirador del artículo 1.189 CC: liberación por pago de buena fe al acreedor aparente (*cf* BUCCISANO *Surrogazione* pp 74 ss, BIANCA *Debitore* pp 22 ss, BILIAZZI GERI *Riv trim dir proc civ* 1968 pp 1326 ss, MARANI *Notifica* pp 19 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 159 ss; pero véase ya FRANCESCHELLI *Appunti* pp 12 ss). Posición ésta que trata de apoyarse en la equiparación entre aceptación/notificación de la cesión y conocimiento de la misma por el deudor cedido, que se pretende consagra a estos efectos el artículo 1.264 II CC: «Sin embargo, aun antes de la notificación el deudor que paga al cedente no se libera, si el cesionario prueba que el propio deudor conocía la cesión acaecida». Equiparación que ha sido negada por otros que, aun partidarios también de la inmediata transmisión del crédito por efecto del intercambio de consentimientos entre cedente y cesionario (*arg* art 1.376 CC italiano) y de poner en conexión los artículos 1.189, 1.264 II CC, sostienen que la notificación del deudor es necesaria para hacer exigible frente a él el crédito cedido, quedando entre tanto «*quiescente*» la relación obligatoria (CARRARO *Riv dir civ* 1957 I pp 120 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 259 ss). Y que ha sido afirmada en cambio por PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 69 ss, *Cessione* pp 850 ss, pero en la línea de sostener que, en el momento de la conclusión del contrato de cesión, el cesionario adquiere ya la titularidad «sustancial» del crédito (*erga omnes*: está legitimado para disponer de él, realizar actos de conservación, exigir su pago, u oponerse a la acción sobre el crédito de los acreedores del cedente; sus acreedores pueden actuar de inmediato sobre el crédito cedido, etc.) y que sólo tras el conocimiento de la cesión por el deudor cedido, adquiere el cesionario la titularidad «formal» del crédito; pudiéndose decir que, hasta entonces, la cesión es «ineficaz» frente al deudor, pero exclusivamente en el sentido de que conserva su derecho a liberarse en las manos del cedente.

Sin preocuparse, al parecer, por la flagrante incongruencia que una tal postura encierra, la generalidad de los autores franceses afirma que, entre cedente y cesionario, el contrato de cesión tiene eficacia traslativa inmediata de acuerdo con las reglas generales; pero frente a terceros, deudor cedido incluido, la cesión sólo es eficaz desde el momento de la «*signification du transport faite au debiteur*» o de «*l'acceptation du transport faite par le debiteur dans un acte authentique*» (REIG *Cession* nn 123 s, 137, 341, 492 s, 526 s, WEILL-TERRE *Obligations* pp 943 s). A partir de la tesis doctoral de Larroumet (1968), sin embargo, en la que se puso de manifiesto lo inconsecuente de sostener la eficacia inmediata de la cesión entre cedente y cesionario y negarla respecto del deudor cedido, ha ganado cierto predicamento la idea de que la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor, respecto del cual, las formalidades del ar-

título 1.690 CC francés no son otra cosa que unos medios, y no los únicos, de que la cesión llegue a su conocimiento, al objeto de que no le quepa ya argüir que pagó al cedente de buena fe (cfr GHESTIN *Transmission* pp 26 ss, AYNES *Cession de contrat* pp 30 ss). La jurisprudencia francesa por su parte, con sentencias a veces contradictorias, ha llegado a soluciones sólo compatibles con el mantenimiento de una suerte de solidaridad activa entre cedente y cesionario desde el momento de conclusión del contrato de cesión hasta el de la «*signification*» o de la aceptación por acto auténtico de la cesión por parte del deudor cedido (cfr GHESTIN *Transmission* pp 23 s, RIEG *Cession* nn 500 ss, 506 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p 945). Además de admitir una aceptación de la cesión por parte del deudor hecha en documento privado, e incluso una aceptación tácita, como bastantes para excluir que aquél pueda ya liberarse en otras manos que en las del cesionario; aunque sin llegar al extremo de aceptar que sea suficiente al efecto el mero conocimiento de la cesión por el deudor cedido (cfr GHESTIN *Transmission* pp 24 ss, RIEG *Cession* nn 261 ss, 278 ss).

Ningún jurista francés, que yo sepa, defiende que la notificación de la cesión al deudor sea requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario.

Pues bien, en nuestro Código Civil no existe ninguna norma parecida a las de los artículos 1.690 CC francés o 1.264 I CC italiano. Su artículo 1.526 I procede del artículo 1.457 del Proyecto de 1851 que, como nos informa García Goyena, se separó en este punto de su modelo francés para resumir el artículo 1.193 CC de Vaud. De «*conocimiento* de la cesión» por parte del deudor cedido, y no de *notificación* al mismo de la cesión, habla nuestro artículo 1.527 CC; a comparar con el artículo 1.691 CC francés: «Si, antes de que el cedente o el cesionario hubiera *notificado* mediante agente judicial la cesión al deudor, hubiere éste pagado al cedente, quedará válidamente liberado». Y de «*conocimiento* de la cesión» por el deudor cedido, que no de *notificación* al mismo de la cesión, nos habla también nuestro artículo 1.198 III CC; a comparar con el artículo 1.295 II CC francés: «Por lo que respecta a la cesión que no haya sido aceptada por el deudor, pero que le haya sido *notificada* mediante agente judicial, aquella no impide más que la compensación de los créditos posteriores a esta *notificación*» y con el artículo 1.248 II CC italiano: «La cesión no aceptada por el deudor, pero *notificada* a éste, impide la compensación de los créditos nacidos con posterioridad a la *notificación*».

No existe, pues, en nuestro Código Civil dato normativo alguno que sirva para apoyar la tesis de que la notificación de la cesión al deudor cedido sea elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario; antes bien, todo lo contrario (conformes MADRIDEJOS RDN 1961 p 393, ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario* IV-2.º pp 877 s, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 299; confuso NAVARRO *Cesión* pp 117 s). Tampoco, por lo que a la cesión de créditos hipotecarios respecta, en nuestra Ley Hipote-

caria: su artículo 149 debe ser leído conjuntamente con los artículos 151 LH y 243 RH, que demuestran que la cesión es válida y transfiere el crédito al cesionario, aunque no se haya puesto en conocimiento del deudor (ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario* IV-2.º p 874, PEÑA *Derechos reales* pp 443 s, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 299; lo dispuesto en el art 176 RH no es sino consecuencia de lo que prescribe el art 1.527 CC). No existe, en consecuencia, medio sensato alguno de defender que, en materia de cesión de créditos, rija en nuestro ordenamiento la teoría del título y el modo: la compraventa, donación, cesión *pro soluto*, cesión *pro solvendo* etc. de créditos son —insisto— contratos típicamente traslativos. Se explica así perfectamente que el artículo 1.529 CC comience diciendo que «el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito *al tiempo de la venta*».

He venido reiterando el adverbio «*típicamente*» a fin de poner de manifiesto algo que creo indudable: al amparo del artículo 1.255 CC es perfectamente posible en nuestro Derecho, por ejemplo, una venta de crédito meramente obligatoria (sometida a condición suspensiva o a término inicial, de un crédito futuro, de un crédito de otro declarándolo así, etc.). Nótese bien, sin embargo, que en tal hipótesis el crédito resultará automáticamente transmitido al cesionario en el instante en que se produzca el sucesivo hecho o acto al que esté subordinada la eficacia traslativa de la venta (cumplimiento de la condición o el término, nacimiento del crédito anticipadamente cedido, adquisición del crédito a su titular por el vendedor, etc.), sin necesidad de ningún ulterior negocio jurídico (y aunque no persista el inicial acuerdo de voluntades de las partes), ni de acto ulterior alguno de (cuasi) tradición.

IV. Probablemente por influencia francesa e italiana, se ha escrito entre nosotros, apoyándolo en el artículo 1.527 CC, que «para ser eficaz frente al deudor cedido, debe serle notificado a éste el hecho de la cesión» (DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 805, quien precisa empero en p 809 que el conocimiento efectivo de la cesión puede suplir la falta de notificación), o que «la cesión carece de efectos para el deudor antes de su conocimiento» (GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 649, citando a Panuccio). Se ha escrito también que la notificación o el conocimiento por otro medio de la cesión sirve para obligar o vincular al deudor cedido con el nuevo acreedor o cesionario (MADRIDEJOS RDN 1961 p 393, ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario* IV-2.º pp 878 s); idea esta última de gran éxito en la jurisprudencia (STS *11 enero 1983*, CLJC núm 9 y las en ella citadas). Posiciones todas ellas que estimo incorrectas o, cuando menos, imprecisas.

No hará falta insistir en la grave incongruencia que supone afirmar por un lado —como lo hacen todos los autores que acabo de citar— la inmediata eficacia traslativa de la cesión entre cedente y cesionario (esto es, que desde el instante de la celebración del contra-

to de cesión el cesionario es el verdadero y único acreedor) y retrasar por otro lado la eficacia de la cesión respecto del deudor cedido al momento en que la misma le sea notificada o tenga conocimiento de ella (es decir, que hasta ese momento sigue siendo deudor del cedente): una titularidad de un crédito que sea inoponible al deudor es un absurdo lógico (GAZZARA *Vendita* p 43 nt 2, BUCCISANO *Surrogazione* p 74 nt 121, MARANI *Notifica* p 27, PERLINGERI *Cessione* p 168). ¿Por qué incurrir entonces en un absurdo tal, siendo así que, a diferencia de lo que ocurre en los Derechos francés e italiano, ningún dato normativo de nuestro ordenamiento civil obliga lo más mínimo a hacerlo?

Una vez rechazado, con las normas legales en la mano (*supra* III) que la notificación de la cesión al deudor sea requisito constitutivo de supuesto de hecho traslativo del crédito, y careciendo de buen sentido que la eficacia transmisiva de la cesión dependiese de un hecho perteneciente a la esfera psíquica interna de un tercero, como lo es el conocimiento de la misma por el deudor cedido (FRANCESCELLI *Appunti* p 13, MARANI *Notifica* p 22, PERLINGERI *Cessione* p 162), debe afirmarse de manera rotunda que la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor cedido —en los casos típicos, desde el momento del acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario— sin necesidad de que le haya sido notificada, ni de que haya tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio. Y tener muy claro que el deudor que, según lo dispuesto en el artículo 1.527 CC, se libera pagando al cedente, no se libera porque pague a quien sigue siendo para él el verdadero acreedor, sino aunque paga a quien (también respecto de él) no es ya acreedor, a quien ya es sólo un acreedor aparente. El artículo 1.527 es expresión del mismo principio que inspira el artículo 1.164 CC [COSSIO *Instituciones* I p 327, GORDILLO *Representación aparente* p 411, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 299. También HERNANDEZ GIL *Obligaciones* pp 310 s, AMOROS *Homenaje Castro* I p 52; pero afirmando a la vez la ineficacia de la cesión frente al deudor, mientras no le sea notificada o tenga conocimiento de ella. Lo que, o es una manifiesta incongruencia, o revela un empleo impreciso del vocablo «ineficacia»]. Bien que expresión adaptada a las específicas circunstancias del caso, por lo que a la carga de la prueba se refiere: en la hipótesis del artículo 1.164 —y un ejemplo puede ser, como veremos más adelante, el pago hecho a quien equivocadamente se toma por verdadero cesionario del crédito— es el deudor quien tiene que probar *prima facie* su buena fe, mediante la prueba de la situación objetiva de apariencia de titularidad del *accipiens*, en la que pudo legítimamente confiar; en la hipótesis del artículo 1.527, en cambio, corresponde al cesionario comenzar probando que el deudor tuvo conocimiento de la cesión con anterioridad al pago al cedente, pues la demostración *prima facie* de la buena fe del deudor cedido, la prueba de la situación objetiva

de apariencia en la que legítimamente pudo confiar, viene ya dada por el hecho de que no ha pagado a un «extraño» a la relación obligatoria, sino a la persona a quien, en principio, tenía perfecto derecho a seguir considerando su acreedor —de «histórica apariencia de legitimación del acreedor originario» ha hablado Bianca parafraseando a Heck—, siendo absurdo imaginar la existencia de un deber o carga del deudor de investigar si el crédito contra él ha sido cedido o no (*cfr* FRANCESHELLI *Appunti* p 16, BUCCISANO *Surrogazione* pp 75 s, GIORGIANNI *Creditore apparente* pp 1156 s, BIANCA *Debitore* pp 258 ss, BIGLIAZZI GERI *Riv trim dir proc civ* 1968 pp 1330 ss, MARANI *Notifica* pp 36, 48 ss, 55 nt 94, PERLINGERI *Cessione* pp 209 s, respecto de los arts 1.189 y 1.264 CC italiano).

No se trata, como apunta MANCINI *Cessione* pp 388 s, de que, mientras en el primer caso la buena fe es un hecho extintivo del derecho del acreedor —un hecho constitutivo de la eficacia liberatoria del pago, si se prefiere decirlo así—, en el segundo, la mala fe del deudor cedido, su conocimiento previo de la cesión, sea un hecho constitutivo del derecho del cesionario —un hecho impositivo de la eficacia liberatoria del pago, si se prefiere. La buena fe es en ambos casos hecho constitutivo de la eficacia liberatoria del pago, hecho extintivo del derecho del verdadero acreedor. Ocurre sólo que el supuesto del pago al acreedor originario implica ya una situación objetiva de apariencia de la que inducir una prueba inicial de la buena fe del deudor cedido.

El artículo 1.527 —hay que concluir— no es dato normativo alguno a favor de la tesis de la ineficacia de la cesión de créditos frente al deudor cedido mientras aquella no le sea notificada [Antes bien, cabría afirmar que lo es en contra: si dicha tesis fuera acertada, el deudor que pagase al cedente después de tener conocimiento de la cesión, pero por otros medios y antes de que la misma le fuese notificada, habría de quedar liberado en principio, porque habría pagado a quien todavía era a sus efectos el verdadero acreedor, sin perjuicio de que se otorgase el cesionario una suerte de revocatoria, con base en el principio *fraus omnia corrumpit*, que tuviera como efecto la reconstitución del crédito a su favor (*cfr* MARANI *Notifica* p 22, PERLINGERI *Cessione* p 210, RIEG *Cession* nn 283 ss). Aunque habrá que reconocer, como luego quedará más claro, que, de caber alguno, será rarísimo en la práctica un caso en que, sin notificación de ningún género de la cesión pueda hablarse de «conocimiento» de la misma por el deudor, que excluya el juego a su favor del artículo que nos ocupa]. Tampoco puede considerarse un dato normativo favorable a la tesis de la ineficacia de la cesión frente al deudor cedido que no tenga conocimiento de ella. Todo lo contrario: el artículo 1.527 se explica como medida de protección del deudor cedido, que resulta necesaria precisamente por el hecho de que, como se deduce *a contrario* del artículo 1.526 CC, la cesión de créditos puede ser plenamente

eficaz *erga omnes* sin notificación de la misma al deudor, ni conocimiento de ella por éste.

Una explicación análoga nos ofrecen los autores alemanes del § 407 BGB —cuyo párrafo primero dice así: «El nuevo acreedor debe tolerar que se haga valer contra él una prestación que el deudor efectúe al anterior acreedor tras la cesión, así como cualquier negocio jurídico relativo al crédito que se realice tras la cesión entre el deudor y el anterior acreedor, a no ser que el deudor tenga conocimiento de la cesión en el momento de la prestación o la realización del negocio jurídico»—, en relación con el § 398 BGB (SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 nt 2, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 1, MEDICUS SchuldR I § 63 IV, PALANDT-HEINRICH § 407 Anm 1 a; véase también DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 268 ss, aunque creo que su idea de que el § 407 contiene una «*Fiktion der Gläubigerstellung*» confunde más que aclara: el propio autor se apresura a reconocer que se trata de una ficción limitada y facultativa para el deudor). Que en el Derecho alemán la plena eficacia de la cesión de créditos no requiere ni la notificación al deudor, ni el conocimiento de la misma por éste, es algo tan obvio que pocos lo estiman digno de mención separada (sí BROX Allg SchuldR RdNr 384).

Alguien podría contraargumentar que, si el artículo 1.527 no fuera sino expresión del mismo principio que inspira el artículo 1.164, el legislador se lo podría haber ahorrado, dada su evidente inutilidad (así MANCINI *Cessione* p 389, respecto de los arts 1.264 y 1.189 CC italiano). Pero —además de muy fácil de retorcer: sobraría, sin duda, el artículo 1.527, de ser cierta la ineficacia de la cesión hasta el momento de su conocimiento por el deudor cedido— se trata de una objeción muy débil, atendida la adaptación del principio a las especiales circunstancias del caso que el artículo 1.527 representa en materia de distribución de la carga de la prueba. Por lo demás, este precepto proviene literalmente del artículo 1.458 del Proyecto de 1851, en el que no existía ningún artículo como el actual 1.164. En la glosa a aquél decía García Goyena: «vé los motivos de este artículo en lo expuesto al último párrafo del artículo 1.128» (antecedente del actual art 1.198). Donde podría leerse: «Es un justo castigo de la negligencia o malicia del cedente y cesionario en no hacer saber la cesión al deudor, que ordinariamente no puede saberla sino por este medio: si pues pagó de buena fe al cedente, quedará libre: vé artículo 1.458».

La idea del comportamiento negligente del cesionario que pudiendo informar de la cesión al deudor no lo ha hecho, sigue presente en la doctrina (PERLINGERI *Cessione* p 209, ESSER-SCHMIDT § 37 I IV b, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 269 s); pero se ha señalado con acierto que el comportamiento del cesionario no es objeto de un juicio concreto y real, no siendo una negligencia por su parte requisito necesario de la liberación del deudor, que ha sido dispuesta en consideración al comportamiento de éste exclusivamente (MARANI *Notifica* p 32, GORDILLO *Representación aparente* p 411).

El correcto entendimiento del artículo 1.527 CC conlleva una importante consecuencia práctica: la afirmación del carácter *facultativo* de dicho precepto, por lo que al deudor respecta. En el sentido de que, conocida la cesión, será libre de acogerse a la protección que la norma le brinda y quedar liberado frente al cesionario, o de renun-

ciar a ella y continuar siendo deudor del cesionario, ejercitando una pretensión de cobro de lo indebido contra el cedente; forma de proceder esta última que, excepcionalmente, puede resultarle más beneficiosa: por ejemplo, si era a su vez acreedor del cesionario y éste ha sido declarado en quiebra con posterioridad a la cesión. La elección habrá de ejercitarla sin tardanza el deudor ante la reclamación del cesionario, bien amparándose en el artículo 1.527, bien volviendo a pagar, y será irrevocable. Un retraso injustificado en la elección puede vetarle la primera alternativa, si en el tiempo intermedio el regreso del cesionario contra el cedente se ha hecho imposible. También ha de considerarse efectuada la elección, igualmente de manera irrevocable: en el sentido de renunciar a la protección de la norma, si se reclama al cedente la restitución de lo pagado *ex* artículo 1.895 CC (o se acepta su restitución espontánea); en el sentido de ampararse en la norma, de acuerdo con la doctrina de los actos propios, si tras haber tenido conocimiento de la cesión, tal reclamación no se produce en un tiempo razonable (para todo lo anterior, con relación al § 407 BGB, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 3, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 4 b, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 9 s, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 272 s, MEDICUS SchuldR I § 63 IV 1, PALANDT-HEINRICHS § 407 Anm 2 b, BROX Allg SchuldR RdNr 398).

Otra consecuencia, ésta de carácter más «teórico», es la siguiente. Resulta obvio que si el deudor cedido queda liberado *ex* artículo 1.527 CC, el cesionario ha de tener acción para exigir al cedente la restitución de lo que el deudor cedido le pagó (aparte, en su caso, la pretensión indemnizatoria *ex* arts 1.101 ss CC del cesionario contra el cedente, por haber incumplido éste su deber accesorio de omitir cualquier conducta que pueda lesionar el derecho del cesionario). ¿De qué acción se tratará? Desde mis posiciones, la respuesta es muy sencilla: la acción de cobro de lo indebido del deudor cedido frente al cedente, en la que quedará subrogado el cesionario por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1.186 CC. Desde la postura contraria (el deudor que contempla el art 1.527 se libera porque paga al verdadero acreedor a sus efectos), habrá que recurrir a una supuesta genérica acción de enriquecimiento injusto, que, por decir lo menos, no es fácil de justificar normativamente en nuestro Derecho (cfr DIEZ PICAZO *La doctrina de enriquecimiento injustificado* 1987).

Mientras que un entendimiento incorrecto del artículo 1.527, en el sentido de inducir del mismo que la cesión es ineficaz respecto del deudor mientras éste no tenga conocimiento de ella, conduciría a afirmar que, hasta dicho momento, el cedente estaría legitimado para intimar y poner en mora al deudor, o para interrumpir la prescripción del crédito cedido (así, hasta el momento en que se cumplan las formalidades del art 1.690 CC, la doctrina y jurisprudencia francesas, que, sin embargo, afirman a la vez la legitimación al efecto del cesionario: RIEG *Cession* nn 503 s, 512 ss; entre nosotros NAVARRO *Cesión* pp 109 s). Lo que carece de buen sentido (cfr en la

doctrina italiana PANUCCIO *Cessione volontaria* p 86, *Cessione* p 852, PERLINGERI *Cessione* p 214, y en la alemana SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 2, BÜLOW JA 1983 p 10, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 7, DÖRNER *Dynamische Relativität* p 271, MEDICUS *SchuldR I* § 63 IV 1, PALANDT-HEINRICHS § 407 Anm 2 b, BROX *Allg SchuldR RdNr* 398).

Una exégesis mínimamente rigurosa del artículo 1.527 exige añadir, finalmente, que este precepto no es sólo aplicable al pago o cumplimiento en su sentido más estricto, sino también a la consignación y a la dación o la cesión de crédito *pro soluto*. Que puede ser aplicado por analogía a la compensación que el deudor cedido haya opuesto al cedente, o viceversa, entre el momento de la cesión y el de su conocimiento por el deudor [nótese que el art 1.198 CC no contempla estos supuestos, en que el cedido opondrá al cesionario que «ha pagado ya *al cedente*, o que éste se ha cobrado ya, por compensación», sino aquellos en que, por hipótesis tras tener conocimiento de la cesión, el cedido podrá (o no) «pagar por compensación» *al cesionario*, utilizando al efecto un crédito suyo contra el cedente] así como a la condonación de la deuda y a la novación, celebradas entre uno y otro momento por el cedente y el deudor cedido. Y que el principio de protección a la legítima confianza del deudor cedido, inspirador de la norma analizada, permite afirmar que el cedido podrá oponer al cesionario una dación o una cesión de crédito *pro solvendo*, una cesión de bienes en pago (art 1.175 CC), una prórroga o aplazamiento, un *pactum de non petendo*, una transacción, un compromiso, etc. relativos al crédito cedido, celebrados entre el deudor y el cedente entre el momento de la cesión y el de su conocimiento por aquél (sobre todo lo anterior, PANUCCIO *Cessione volontaria* p 61 nt 87, CARNEVALI *Riv dir civ* 1978 p 321, PERLINGERI *Cessione* pp 218 s, RIEG *Cession* n 497, y naturalmente la generalidad de la doctrina alemana, con base en el § 407 BGB: por todos SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 1-2, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 5 s, PALANDT-HEINRICHS § 407 Anm 2 a).

En los casos de solidaridad pasiva, el precepto analizado será aplicable al pago hecho al cedente, o negocio jurídico relativo al crédito realizado con él, por cualquiera de los deudores solidarios ignorante de la cesión, aunque el otro o los otros codeudores tengan ya conocimiento de ella (CAFFARENA *Solidaridad* pp 161 ss).

Parece sensato aplicar análogicamente el artículo 1.527 al pago hecho por el fiador o cualquier otro responsable de la deuda (p.e., tercer poseedor de finca hipotecada). Pero, como regla, el pago al cedente hecho por un tercero, aun de buena fe, no es oponible al cesionario. Otra cosa resultaría insensatamente lesiva de los intereses de éste (¿habría de procurar que todo el mundo se enterase de la cesión para consolidar su derecho?), y quien paga una deuda ajena lo hace a su propio riesgo. Una excepción lógica parece, sin embargo, la del pago hecho por tercero con la aprobación o ratificación del deudor, por cuanto dicha excepción sólo podría

jugar —resulta claro— de concurrir también el no conocimiento de la cesión por parte del propio deudor: luego al cesionario le bastaría procurar que éste se enterase de la cesión para consolidar su derecho frente a dicha eventualidad (*cfr* por un lado FRAGALL *Fideiussione* p 144, PERLINGERI *Cessione* p 137, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 2, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 8; por otro KNÜTEL JR 1985 PP 10 s).

V. Este es un buen momento para reflexionar sobre un importante grupo de problemas, sistemáticamente descuidado por nuestra doctrina: los relativos a la conducta a seguir por el deudor en las situaciones de incertidumbre sobre la persona del acreedor, a consecuencia de una (presunta) cesión del crédito. Los datos normativos a tener en cuenta son los ya reiteradamente citados artículos 1.527 y 1.164 CC, y el artículo 1.176 II CC, que permite la liberación del deudor mediante consignación judicial de la cosa debida, sin necesidad de previo ofrecimiento del pago, «cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar»; eso sí, anunciando previamente la consignación a tales personas (arts 1.177 I, 1.178 I CC).

Las reflexiones que siguen se han inspirado en la literatura siguiente. En la doctrina italiana, además de la básica monografía de MARANI *Notifica*, PANUCCIO *Cessione* pp 875 s, LISERRE *Riv trim dir proc civ* 1963 pp 314 ss, BIANCA *Debitore* pp 256 ss, *Riv trim dir proc civ* 1969 pp 799 ss, BIGLIAZZI GERI *Riv trim dir proc civ* 1968 pp 1314 ss, 1332 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 174 ss. Y en la doctrina alemana LARENZ *SchuldR I* § 34 IV, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 7, IV 4 c, V, BACKHAUS JA 1983 pp 408 ss, ESSER-SCHMIDT *SchuldR I* § 37 I 4 b-c, MünchKomm-ROTH § 407 RdNR 12 ss, § 409 RdNR 1 s, 9, § 410 RdNR 1, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 273 ss, 283 s, MEDICUS *SchuldR I* § 63 IV 4, VI, PALANDT-HEINRICHS § 407 Anm 3, § 409 Anm 1, 2 bb, BROX *Allg SchuldR RdNr* 403. Entre nosotros, un inspirado apunte en PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 142.

En el BGB existen dos preceptos clave al respecto. El § 409: «Si el acreedor notifica al deudor que ha cedido al crédito, debe tolerar frente al deudor que se haga valer contra él la cesión notificada, aunque ésta no se realice o no sea eficaz. A la notificación se equipara el hecho de que el acreedor haya otorgado un documento sobre la cesión al nuevo acreedor designado en el documento y éste lo presente al deudor. La notificación sólo puede ser revocada con el asentimiento de quien ha sido designado como nuevo acreedor». Y el § 410: «El deudor sólo está obligado a la prestación frente al nuevo acreedor contra la entrega de un documento sobre la cesión otorgado por el anterior acreedor. Un aviso o requerimiento del nuevo acreedor es ineficaz si se realiza sin la presentación de tal documento y el deudor lo rechaza de inmediato por este motivo. Estas disposiciones no se aplican si el anterior acreedor ha notificado por escrito la cesión al deudor».

a) Como regla muy general, hará bien el deudor en no pagar a quien venía siendo su acreedor, cuando éste le haya notificado que ha cedido su crédito a otra persona, sin hacerle posteriormente partícipe de ninguna información contradictoria [la hipótesis de informa-

ciones contradictorias de parte del acreedor originario se analizará *infra* en c)]. Pues si a pesar de todo lo hace, en la creencia personal o provocada por terceros de que la cesión fue inválida o sobrevenidamente ineficaz (p.e., mediante consignación judicial por cuenta del originario acreedor ausente, o que se niega a recibir el pago —creo el deudor— por continuar bajo intimidación de quien indicó como cesionario), lo hará a su propio riesgo: de resultar equivocada su creencia, tendrá que pagar al verdadero acreedor/cesionario, en su caso con la correspondiente indemnización por mora, salvo que consiga probar que aquella creencia reposaba en datos que, pese al poderoso argumento en contrario que en principio suponía la conducta del acreedor primitivo, hubieran convencido a cualquiera, más allá de toda duda razonable, de la invalidez o ineficacia de la cesión [y siempre que se trate de un vicio negocial que, de haber sido cierta su creencia, él habría estado legitimado para oponer ante la reclamación del sedicente cesionario —habría de añadir quien piense que hay algunos que no puede oponer; no yo: *infra* 13.4].

El deudor podrá pagar a la persona a la que su originario acreedor le ha señalado como cesionario, en la seguridad de que, de resultar luego probado que la cesión fue inválida o ineficaz, él podrá oponer con éxito, frente a una eventual reclamación del acreedor originario, que ha quedado ya liberado *ex* artículo 1.164 CC. Siempre, claro está, que pueda demostrar que la notificación tuvo lugar y probar así la situación objetiva de apariencia/buena fe, que es elemento constitutivo del supuesto de hecho liberatorio. Y a no ser que el originario y verdadero acreedor consiga demostrar a su vez, no sólo que el deudor conocía positivamente o podía haber conocido con extrema facilidad —pues no tiene especiales deberes de investigación al respecto— la invalidez o ineficacia de la cesión con anterioridad al pago, sino también, caso de resultar necesarios (no p.e. si se trata de una cesión ostensiblemente contraria a una prohibición legal clara), que disponía de medios de prueba documentales y seguros, o podía haberlos conseguido con extrema facilidad, con los que la posibilidad de oponer con éxito dicha invalidez o ineficacia al sedicente cesionario estaba garantizada sin dificultades de importancia. Porque no puede considerarse de mala fe al deudor que paga a quien le reclama como cesionario, pese a dudar o incluso estar convencido de la invalidez o ineficacia de la cesión, para soslayar un riesgo sustancial de perder el pleito correspondiente por falta de pruebas. Ahora bien, puesto que, como vamos a ver de inmediato, el deudor no puede ser obligado a pagar a quien apoya su condición de cesionario exclusivamente en una notificación *verbal* al respecto del acreedor originario, habrá que matizar lo anterior en el sentido de que, en una tal hipótesis, bastará que el originario y verdadero acreedor pruebe que el deudor conocía, o podía haber conocido con extrema facilidad, la invalidez o ineficacia de la cesión, para que no pueda aprovecharse éste del efecto libe-

ratorio previsto en el artículo 1.164, por el mero hecho de demostrar la existencia de la notificación verbal de la cesión por parte de aquél.

Dijimos antes que la posibilidad práctica de liberación *ex* artículo 1.164 del deudor que paga a la persona a la que su originario acreedor le notificó que había cedido el crédito, siendo empero la cesión inválida o ineficaz, descansa en que pueda el deudor demostrar que dicha notificación tuvo lugar. Podemos añadir ahora: o de que pueda probar de alguna otra manera que existió una situación objetiva de apariencia de la titularidad del *accipiens* en la que legítimamente pudo confiar. De lo que se deduce, en nuestra opinión, lo siguiente: si la notificación del originario acreedor ha sido meramente verbal (o por escrito sin firma completa), ante la reclamación del indicado como cesionario, el deudor podrá retener legítimamente la prestación hasta el momento en que, bien la notificación de la cesión le sea reiterada mediante escrito adecuadamente firmado, bien el reclamante le entregue a cambio un documento en el que conste el contrato de cesión a su favor, convenientemente suscrito por el acreedor originario.

Del artículo 1.280 I 6.º, en relación con el artículo 1.279 CC, resulta que el cesionario puede compeler al cedente a elevar a escritura pública el contrato de cesión, si el crédito cedido procede de un acto consignado en escritura pública. Del artículo 1.280 II, que el cesionario podrá compeler al cedente a suscribir al menos un documento privado, cuando el valor del crédito cedido exceda las 1.500 pesetas. Pero ya de la combinación de los artículos 1.526 I y 1.258 CC se deduce con claridad que, cualquiera que sea el valor del crédito cedido, el cedente estará obligado, a petición del cesionario, a proporcionarle un documento, siquiera privado, en el que conste el contrato de cesión. Según el § 403 BGB, el anterior acreedor, a petición del nuevo, está obligado a otorgar un documento público sobre la cesión, si bien el cesionario ha de correr con los gastos y anticiparlos.

Porque sólo de una de aquellas formas podrá el deudor pagar al presunto cesionario en la seguridad de que, o bien ha pagado a un verdadero cesionario, o bien no tendrá dificultades en demostrar, ante una eventual reclamación del originario y verdadero acreedor, que quedó ya liberado frente a él *ex* artículo 1.164 por pago hecho de buena fe a un cesionario aparente. Y no tendría buen sentido colocar al deudor ante la alternativa de correr el riesgo de responder por incumplimiento frente a quien puede resultar verdadero cesionario, o correr el riesgo de acabar siendo condenado a volver a pagar en un pleito promovido contra él por el originario acreedor.

Si el originario acreedor le notificó la cesión mediante escrito adecuadamente firmado, y salvo que no dude de que podrá oponer con éxito y facilidad la invalidez o ineficacia de la cesión en el eventual pleito, hará bien el deudor en pagar a la persona indicada como cesionario, a fin de no correr un riesgo serio de responder por incumplimiento frente a ella.

b) Como regla muy general, el deudor hará bien en no pagar

a quien venía siendo su acreedor, cuando otra persona le haya notificado que es cesionario del crédito y exhibido para demostrarlo un documento convenientemente suscrito por el acreedor originario en el que conste el contrato de cesión en favor del sedicente cesionario, y no haya recibido el deudor ninguna información contradictoria de parte del originario acreedor. Porque si a pesar de todo lo hace, en la creencia personal o provocada por terceros de que la cesión fue inválida o ineficaz, lo hará a su propio riesgo, en el sentido indicado en a).

El deudor podrá pagar al sedicente cesionario, en la seguridad de que, de resultar luego probado que la cesión fue inválida o ineficaz, él podrá oponer con éxito, frente a una eventual reclamación del acreedor originario, que ya ha quedado liberado *ex* artículo 1.164. Siempre, claro está, que pueda demostrar la exhibición del documento de cesión del crédito por el *accipiens* y probar así la situación objetiva de apariencia/buena fe, que es elemento constitutivo del supuesto de hecho liberatorio. Y a no ser que el originario y verdadero acreedor consiga probar a su vez, no sólo que el deudor conocía positivamente o podía haber conocido con extrema facilidad la invalidez o ineficacia de la cesión, sino también, caso resultar necesarios, que disponía de medios de prueba documentales y seguros, o podía haberlos conseguido con extrema facilidad, con los que la posibilidad de oponer con éxito dicha invalidez o ineficacia al sedicente cesionario estaba garantizada sin dificultades de importancia. Porque —insistamos en esta idea fundamental— no puede considerarse de mala fe al deudor que paga a quien le reclama como cesionario, pese a dudar o incluso estar convencido de la invalidez o ineficacia de la cesión, para soslayar los gastos y riesgos sustanciales de una defensa judicial sin armas probatorias adecuadas. Y no cabe poner en duda la legitimación para reclamar el inmediato pago al vencimiento de quien apoya su condición de cesionario en la exhibición de un documento de cesión en su favor convenientemente suscrito por el originario acreedor y ofrece su entrega al deudor a cambio de la prestación: con ese documento en su poder, puede el deudor estar seguro de que, caso de resultar la cesión inválida o ineficaz, no tendrá dificultades en demostrar, ante una eventual reclamación del originario y verdadero acreedor, que quedó ya liberado frente a él *ex* artículo 1.164 por pago hecho de buena fe a un cesionario aparente.

En el supuesto que analizamos, y salvo que esté razonablemente seguro de que podrá oponer con éxito y facilidad la invalidez o ineficacia de la cesión en el eventual pleito, hará bien el deudor en pagar a la persona que afirma ser cesionario, contra entrega del documento de cesión, a fin de no correr un serio riesgo de tener que responder por incumplimiento frente a ella.

c) *¿Quid iuris* si, tras haber notificado por escrito a su deudor que ha cedido su crédito a otra persona, o tras haber proporcionado

a esta persona un documento en el que consta la cesión del crédito a favor de la misma, el originario acreedor comunica al deudor que la cesión fue simulada, inválida o sobrevenidamente ineficaz, conminándole a no pagar a nadie más que a él?

El deudor, a cuyo cargo no pueden predicarse especiales deberes de investigación al respecto, habrá sí de ponerse en contacto con el presunto cesionario, de resultar ello razonablemente sencillo. Terminará el problema, si el presunto cesionario manifiesta estar de acuerdo con las afirmaciones del acreedor: a quien pagará el deudor en su momento, bien tras la entrega de un documento en que se revoca la notificación de la cesión, suscrito por el acreedor y el antes aparente cesionario, bien tras la entrega por éste del documento de cesión del crédito. Si, por el contrario, el presunto cesionario insiste en que la cesión fue verdadera y válida y continúa siendo perfectamente eficaz —situación a la que debe parificarse la de que su localización resulte sensiblemente gravosa para el deudor— habrá que distinguir.

Si las alegaciones del acreedor originario en defensa de la inexistencia, invalidez o ineficacia de la cesión son plenamente convincentes —lo que conlleva explicar también de manera satisfactoria por qué no ha conseguido una orden judicial de retención de la deuda por la vía del artículo 1.428 LECiv— y, caso de ser necesarios (no p.e. si se trata de una cesión ostensiblemente contraria a una prohibición legal clara), aquél está en condiciones de ofrecer y ofrece a cambio al deudor medios documentales y seguros de prueba al respecto, sobre los que construir una defensa sencilla y sólida frente a una eventual reclamación del sedicente cesionario, hará bien el deudor en pagar a su originario acreedor, dando cuenta de ello y de sus razones, si es posible, a quien afirmó ser cesionario. Porque si lo hace así, y luego resulta que, contra todo pronóstico, tenía razón el cesionario, él habrá quedado ya liberado *ex* artículo 1.164, sirviendo los medios de prueba que le proporcionó el primitivo acreedor de demostración sencilla de la situación objetiva de apariencia de titularidad de éste, en la que legítimamente confió. Y si no lo hace —y bien paga al sedicente cesionario, bien consigna judicialmente por cuenta de uno y otro—, corre el riesgo de tener que responder por incumplimiento frente al originario acreedor, si resulta que en verdad lo ha seguido y sigue siendo: como lo indicaban las informaciones de que disponía el deudor, y no existiendo para éste, de haber obrado en consecuencia con aquéllas, riesgo relevante de un pleito costoso y difícil ante una eventual reclamación del sedicente cesionario, gracias, caso de ser necesarios, a los medios documentales de prueba que el originario acreedor ofrecía a cambio del pago.

Ha de llegarse a conclusiones análogas, aunque no pueda el acreedor originario ofrecer al deudor tales medios de prueba, si éste dispone ya de ellos, o puede conseguirlos con extrema facilidad (no tiene un especial deber al respecto) por otras vías.

Si las adecuadamente documentadas alegaciones del acreedor originario en favor de la inexistencia, invalidez o ineficacia de la cesión tienen poder de convicción suficiente para crear una duda razonable sobre la titularidad del crédito, actuará el deudor con sana prudencia, si consigna judicialmente el objeto de la prestación por cuenta de aquél y del presunto cesionario conjuntamente, previo anuncio a ambos de la consignación y sus motivos (arts 1.176 II, 1.177 I CC). Porque el pago a cualquiera de ellos sólo, lo hará a su propio riesgo: a riesgo de tener que volver a pagar al otro, si resulta que era el verdadero acreedor.

En fin, si las alegaciones del originario acreedor carecen de credibilidad suficiente, o teniéndola, no está aquél en condiciones de proporcionar al deudor medios de prueba documentales y seguros al respecto (ni éste dispone de ellos, ni puede conseguirlos por otras vías con extrema facilidad), pese a ser necesarios para defenderse con sencillez y garantías de éxito frente a una eventual reclamación del presunto cesionario, hará muy bien el deudor en pagar a este último, contra entrega, en su caso, del documento de cesión del crédito. Porque si lo hace así y luego resulta que tenía razón el acreedor originario, él habrá quedado ya liberado *ex artículo 1.164*: bien el escrito de notificación de la cesión, bien el documento de cesión del crédito servirán de demostración sencilla de la situación objetiva de apariencia de titularidad del presunto cesionario, de prueba *prima facie* de la buena fe del deudor; y no podrá el originario acreedor ofrecer prueba bastante en contrario, porque, como ya hemos reiterado, no puede considerarse de mala fe al deudor que paga a quien le reclama como cesionario, pese a dudar o incluso estar convencido de la invalidez o ineficacia de la cesión, para soslayar los gastos y riesgos sustanciales de una defensa judicial sin armas probatorias adecuadas. Y si el deudor no paga al presunto cesionario, correrá un riesgo serio de tener que responder por incumplimiento frente a él.

¿Quid iuris si sólo existió una notificación verbal de la cesión por parte del acreedor originario, con anterioridad a su comunicación al deudor de la inexistencia, invalidez o ineficacia sobrevenida de la misma? Dado que, según hemos argumentado ya, el deudor no puede ser condenado a pagar a quien apoya su condición de cesionario exclusivamente en una notificación verbal al respecto del originario acreedor, habrá que responder como sigue, dejando al margen el muy simple caso de que, consultado por el deudor el presunto cesionario, éste manifieste estar de acuerdo con lo que el acreedor afirma.

Salvo que las alegaciones del acreedor originario en favor de la inexistencia, invalidez o ineficacia de la cesión no tengan el mínimo poder de convicción —en cuyo caso hará bien el deudor pagando al presunto cesionario—, procederá que el deudor consigne judicialmente el objeto de la prestación por cuenta del originario acreedor y el presunto cesionario conjuntamente —caso de que tales alegaciones tengan poder de convicción suficiente para crear una duda razonable sobre la titularidad del crédito—,

o pague sin más al acreedor originario —caso de que sus alegaciones sean plenamente convincentes— aun cuando éste no se encuentre en condiciones de proporcionar al deudor medios de prueba documentados y seguros al respecto (ni el deudor disponga de ellos, ni pueda conseguirlos con extrema facilidad por otras vías). Por la sencilla razón de que, en la hipótesis ahora analizada, no necesita el deudor de medio de prueba alguno para negar legítimamente al pago al sedicente cesionario.

d) Una persona notifica al deudor que es cesionario del crédito, sin que haya existido previa notificación al respecto del originario acreedor, ni pueda aquella exhibir para demostrarlo un documento en el que conste el contrato de cesión a su favor, adecuadamente suscrito por el acreedor originario.

El deudor, a cuyo cargo no pueden predicarse especiales deberes de investigación sobre la existencia o no de la cesión, habrá sí de ponerse en contacto con el acreedor originario, de resultar ello razonablemente sencillo. Si éste se manifiesta conforme con las afirmaciones del sedicente cesionario, estaremos ante la hipótesis estudiada en a). Si, por el contrario, el originario acreedor niega que haya existido tal cesión o afirma que fue simulada, inválida o sobrevenida e ineficaz —situación a la que debe parificarse la de que su localización resulte sensiblemente gravosa para el deudor— habrá que distinguir.

Si quien afirma ser cesionario es alguien de cuya honestidad no debe dudarse, y sus alegaciones en defensa de la existencia, validez y eficacia de la cesión tienen poder de convicción suficiente para crear una duda razonable al respecto —incluida una explicación satisfactoria de por qué no ha conseguido una orden judicial de retención de la deuda por la vía del artículo 1.428 LECiv—, el deudor actuará prudentemente si, previa entrega de un documento suscrito por el sedicente cesionario que contenga su notificación y alegaciones —documento que servirá al deudor, si llega el caso, para defenderse frente a una demanda por incumplimiento del originario acreedor, arguyendo falta de culpa—, consigna judicialmente el objeto de la prestación por cuenta del originario acreedor y del presunto cesionario conjuntamente, previo anuncio a ambos de la consignación y sus motivos (arts 1.176 II, 1.177 I CC). Porque si paga sin más a su acreedor originario, correrá un serio riesgo de tener que volver a pagar, ahora al presunto cesionario, si resulta ser el verdadero acreedor: de que se considere que tuvo previo «conocimiento de la cesión», a los efectos del artículo 1.527 CC.

En los demás casos, hará bien el deudor en pagar al acreedor originario. Porque si lo hace así y luego resulta que, sorprendentemente, tenía razón quien afirmó ser cesionario, él habrá quedado ya liberado *ex* artículo 1.527: ni la mera notificación de un sedicente cesionario puede considerarse que constituye «conocimiento de la cesión» a los efectos del precepto citado, ni podría considerarse de mala fe al deudor que paga al originario acreedor, pese a dudar o inclu-

so estar convencido de la existencia de una cesión verdadera y válida del crédito, para soslayar un riesgo sustancial de perder el correspondiente pleito y resultar condenado por incumplimiento, por falta de medios de defensa adecuados.

En fin, si el deudor paga sin más al presunto cesionario, por más que la honestidad personal del mismo esté fuera de toda duda y sus alegaciones en favor de la existencia, validez y eficacia de la cesión resulten plenamente convincentes, lo hará a su propio riesgo: a riesgo de tener que volver a pagar, ahora al acreedor originario, si, contra todo pronóstico, resulta ser quien tenía razón. Pues, en la hipótesis que analizamos, el deudor no corría riesgo alguno de importancia no pagando al sedicente cesionario: el deudor —lo hemos dicho ya— no puede ser condenado a pagar a quien le reclame en condición de cesionario sin el respaldo, bien de una notificación por escrito de la cesión por parte del originario acreedor, bien de un documento otorgado por éste en el que conste el contrato de cesión.

e) *¿Y quid iuris* si la noticia de que ha existido una cesión del crédito llega al deudor por una vía distinta de la notificación de cualquiera de las partes del contrato pretendidamente existente; de ordinario, por informaciones de terceros?

Salvo que resulte razonablemente sencillo para el deudor —a cuyo cargo no cabe predicar especiales deberes de investigación al respecto— ponerse en contacto con el originario acreedor y/o el presunto cesionario y reciba de alguno de ellos confirmación de tales noticias, en cuyo caso nos encontraremos ante alguna de las hipótesis ya analizadas en las páginas anteriores, el deudor hará bien en atenerse a la llamada «histórica apariencia de legitimación» y pagar sin más al acreedor originario. Porque si lo hace así y luego resulta que la cesión efectivamente existió, el habrá quedado liberado frente al cesionario *ex* artículo 1.527: en modo alguno pueden considerarse «conocimiento de la cesión» las noticias a que nos venimos refiriendo. Y si no lo hace, corre un serio riesgo de tener que responder por incumplimiento frente al originario acreedor.

A lo más que podría llegarse, y con muchas dudas, es a defender la oportunidad de una consignación judicial del objeto de la prestación por cuenta del originario acreedor y del presunto cesionario conjuntamente, caso de resultar sensiblemente gravosa la localización de este último para el deudor y tener las informaciones de los terceros un extraordinario poder de convicción (mayor aun si, habiendo resultado sencillo para el deudor ponerse en contacto con el acreedor originario, éste hubiese negado sin ambages la existencia de la cesión), capaz de contrapesar el fuerte dato en contrario que supone el silencio del pretendido cesionario.

f) Ni que decir tiene que, en las hipótesis analizadas en las páginas anteriores, podrá concurrir, bien una responsabilidad contractual del originario acreedor frente al en verdad cesionario, por haber obs-

taculizado la realización del crédito por parte de éste, bien una responsabilidad extracontractual frente al originario acreedor del falso cesionario. Y que en los supuestos de consignación judicial, los gastos de la misma correrán de cuenta de quien resulte no ser el verdadero acreedor (o, en su caso, del tercero que comunicó al deudor la noticia de la inexistente cesión).

No sobraría añadir que, al igual que ocurría con el del artículo 1.527 CC, el efecto liberatorio previsto en el artículo 1.164 CC para el caso (entre otros) de pago al cesionario aparente, es *facultativo* para el deudor: si le interesa, puede renunciar a la protección de la norma y continuar obligado frente al originario y verdadero acreedor, ejercitando una pretensión de cobro de lo indebido contra el cesionario aparente (SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 IV 4 d).

VI. En los apartados III y IV de este trabajo, creemos haber demostrado que, por lo que a nuestro Código Civil respecta, la notificación de la cesión al deudor, o el conocimiento de la misma por éste, ni es requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, ni es requisito de eficacia de la cesión respecto del deudor cedido. Cosas completamente distintas —pero que me temo se han venido tradicionalmente confundiendo con la anterior— son, por un lado, que el deudor pueda quedar liberado si, antes de tener conocimiento de la cesión, paga al cedente, pese a ser ya el cesionario su único y verdadero acreedor; y por otro lado que, según hemos visto en el apartado V, el deudor pueda denegar legítimamente la prestación al cesionario, mientras el cedente no le haya notificado por escrito la cesión, o el cesionario no le ofrezca a cambio un documento de cesión del crédito, otorgado por el cedente.

Cabe preguntarse ahora si tales afirmaciones valen también para la cesión de créditos mercantiles. Porque el párrafo primero del artículo 347 CCom dice así: «Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad de consentimiento del deudor, *bastando poner en su conocimiento la transferencia*». Y el párrafo segundo: «*El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciera a éste*».

Cinco son las posibles lecturas de este precepto: *a)* Hasta el momento de la notificación al deudor del contrato de cesión, no se producirá la transmisión del crédito del cedente al cesionario. *b)* Hasta el momento en que el deudor tenga conocimiento de la cesión, no se producirá la transmisión del crédito del cedente al cesionario. *c)* El contrato de cesión, que producirá de inmediato la transmisión del crédito del cedente al cesionario, será ineficaz respecto del deudor cedido, mientras no le sea notificado. *d)* El contrato de cesión, que producirá de inmediato la transmisión del crédito del cedente al cesionario, será ineficaz respecto al deudor, mientras éste no tenga conoci-

miento del mismo. e) El contrato de cesión producirá de inmediato la transmisión del crédito del cedente al cesionario, naturalmente con plena eficacia respecto del deudor cedido. Sin perjuicio de que su pago al cedente, hecho de buena fe, le libere frente a su verdadero y único acreedor, el cesionario, si así lo desea; y de que pueda denegar la prestación al cesionario sin incurrir en mora, mientras el cedente no le haya notificado por escrito la cesión, o el cesionario no le ofrezca a cambio un documento de cesión del crédito, otorgado por el cedente.

Por razones que no creo preciso reiterar, me parece obvio que sólo la primera y la última de tales lecturas son lógicamente consistentes: por una de ellas habrá que decidirse, no resultando evidente que el legislador haya optado por alguna de las intermedias. Es indiscutible que la primera se acomoda muchísimo mejor al tenor literal del precepto. Pero, por un lado, si para algo sirve el ya relatado estado de la cuestión en las doctrinas francesa y, sobre todo, italiana (*supra*, apartado III) es para darse cuenta de que dicho argumento no puede considerarse decisivo. Y por otro lado: a) No tiene buen sentido, ni teórico ni práctico, predicar para la cesión de los créditos mercantiles una estructura y régimen jurídico diferentes a los de la cesión de los demás créditos; especialmente si se trata de defender para la cesión de los créditos mercantiles un régimen más «formalista» [notificación al deudor como elemento constitutivo de la transferencia del crédito, imposibilitando la cesión de créditos «secreta» (*stille Zession*) y la cesión anticipada de créditos futuros, la identidad de cuyo deudor sea aun desconocida (*vide supra* 2.2)] Y no se olvide, en el trance de elegir de dónde extraer la estructura y régimen jurídico unitarios, que el Código Civil es *lex posterior* al Código de Comercio, y su regulación de la cesión de créditos más completa en lo fundamental (art 1.198 CC). b) El artículo 24 LCCh ha remitido al artículo 347 CCom en materia de cesión ordinaria de la letra de cambio (también de la común, emitida a la orden). Y desde luego resultaría peregrino en tal hipótesis subordinar la eficacia traslativa de la cesión a la notificación de la cesión al deudor (*cf* por todos PERLINGERI *Cessione* pp 172 s, VERGEZ *Endoso* pp 504 s). c) En fin, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es rotundamente contraria a aquella primera lectura. El cuarto considerando de la sentencia de la Sala Primera de 23 junio 1983 (CLJC 367) reza así: «Tampoco es de acoger el motivo primero, formulado [...] en pretendida violación, por inaplicación, del párrafo segundo del artículo 347 del Código de Comercio, en cuanto previene que “el deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación”, porque, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencias, entre otras, de 15 abril y 23 junio 1924 y 11 enero y 4 julio 1927, dicho precepto legal, al exigir que la transferencia de los créditos mercantiles se ponga en conocimiento del deudor, no estable-

ce que tal notificación sea indispensable para la validez de la transferencia, sí que tan sólo la manera de obligarle con el nuevo acreedor, al sólo efecto de que no se repute pago legítimo desde aquel acto al que se hiciera en favor del cedente, pues la eficacia y consumación del contrato de cesión no puede hacerse depender de una notificación cuya finalidad está limitada taxativamente en Derecho».

Por todo lo anterior, estimo que hay que inclinarse en favor de la última de las lecturas del artículo 347 CCom antes enunciadas; en favor de una interpretación no apegada a la letra de un precepto que estoy seguro no existiría, si la codificación civil hubiese precedido a la mercantil. Y afirmar, en consecuencia, que en la cesión de los créditos mercantiles, al igual que en la de los civiles, la notificación de la cesión al deudor, o el conocimiento de la misma por éste, ni es requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transferencia del crédito del cedente al cesionario, ni es requisito de eficacia de la cesión respecto del deudor cedido.

Quede muy clara una cosa, antes de seguir adelante: como lo importante no son las palabras, sino los contenidos y consecuencias, yo no polemizaría con alguien que afirmase que la cesión de créditos es ineficaz frente al deudor, mientras no le sea notificada o tenga conocimiento de ella, si dejara sentado a continuación, por ejemplo, que en modo alguno estará legitimado el cedente en el entretando para intimar y poner en mora al deudor cedido, o para interrumpir la prescripción del crédito objeto de la cesión; y que el deudor cedido que en el entretando pague al cedente podrá, si así le conviene una vez conocida la cesión, repetir lo pagado y continuar siendo deudor del cesionario, en lugar de ampararse en el efecto liberatorio previsto en los artículos 1.527 CC, 347 II a contrario CCom.

Y si se dejara sentado también —por hacer referencia a un tema sobre el que volveré más adelante— que la cuantía de los daños producidos entre el momento de la cesión y el de la notificación o conocimiento de la misma, de los que tenga que responder el deudor cedido *ex* artículos 1.101 ss CC, se calculará con arreglo al interés del cesionario, y no al del cedente, cuando menos si aquél es menor que éste (si los daños sufridos por el cesionario en el entretando son menores que los que hubiera sufrido el originario acreedor, de no haberse realizado la cesión). Lo que no puede ponerse en duda: SEETZEN AcP 169 (1969), pp 354, 357, 361, GERNHUBER FS Raiser pp 86 s, 88 nt 63, PETERS JZ 1977 pp 119, 120, 122, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 234 s, 239, LARENZ SchuldR I § 34 I nt 7, RÖDER JuS 1984 pp 619 s, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I B, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 257 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a.

Ahora bien, una vez dejara sentado todo lo anterior, sí pediría a ese alguien que reflexionase sobre la impropiedad de hablar entonces de *ineficacia* respecto del deudor de la cesión que no le haya sido notificada, o no haya sido conocida por él.

VII. Sujetos del contrato de cesión son, típicamente, el antiguo y el nuevo acreedor, el cedente y el cesionario. Como regla, el consentimiento o asentimiento del deudor cedido no es necesario para

la validez y plena eficacia de la cesión (opinión unánime; *cfr* art 347 I CCom). Excepciones: cuando exista un *pactum de non cedendo*, o cuando la cesión del crédito resulte en principio excluida a causa, exclusivamente, del interés protegible del deudor en no realizar la prestación de que se trata a persona diferente del originario acreedor, como ocurrirá en muchos casos en que el crédito tenga por objeto un *facere*. Aparte tales hipótesis, sin embargo, se procura en la práctica con cierta frecuencia que el deudor manifieste su conformidad con la cesión, que declare de manera expresa que la «acepta» o la «consiente»; con las consecuencias —junto a la obvia en relación con lo dispuesto en el art 1527 CC— en materia de excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario que más adelante estudiaremos (pero véase ya art 1198 I CC). Carece de interés bastante la polémica, a mi juicio puramente conceptual, sobre si en todos o algunos de los mencionados supuestos de intervención del deudor cedido, quepa calificar a éste de «parte» en sentido propio y de «trilateral» al correspondiente negocio jurídico de cesión (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 12 ss, *Cessione* p 848, BIANCA *Debitore* pp 315 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 61 ss, 69 ss). Si el cesionario es el propio deudor, el crédito se extinguirá por confusión; aunque no si se trata de una cesión sometida a condición resolutoria, o de una «cesión» en garantía (MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 11, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 2 c). El régimen de la cesión de créditos ordinaria es también aplicable cuando el crédito se cede totalmente a un conjunto de nuevos acreedores mancomunados o en mano común, incluso si el originario acreedor es miembro de una tal comunidad. No, por el contrario, cuando se trata de configurar una solidaridad de acreedores entre el antiguo y el nuevo acreedor, o entre varios nuevos acreedores: estaremos ante un negocio atípico, que requerirá el consentimiento del deudor (MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 42, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 2 d).

Se habla de cesión «en blanco» (*Blankozession*: § SCHEYHING *Sukzessionen* § 2 II, ESSER-SCHMIDT *SchuldR* I § 37 I 2 d, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 21 s, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 2 b), cuando, pensando en una eventual transmisión ulterior del crédito por el primer «tomador», el cedente emite y le entrega un documento de cesión en el que el nombre del cesionario se deja en blanco, quedando autorizado el «tomador» para designar como tal, bien a sí mismo, bien a un tercero. El hueco será normalmente rellenado con el nombre de la persona que constituya el eslabón final de la eventual cadena de transmisiones del crédito, que será la única que aparezca al exterior como nuevo acreedor. Se trata con ello, entre otras cosas, de impedir que el deudor cedido pueda oponer a este último excepciones que pudieran haberle correspondido contra el cesionario o cesionarios intermedios, también en casos distintos a aquéllos, posibles pero excepcionales, en los que el (entonces no ver-

dadero) «cesionario intermedio» actúe exclusivamente por cuenta y en interés del («primer» y único verdadero) cedente, o del («último» y único verdadero) cesionario; supuestos estos últimos que no plantean especiales problemas.

Es indudable que el sistema, en principio perfectamente lícito, logrará con frecuencia en la práctica aquel objetivo, al permanecer oculta para el deudor cedido la existencia o la identidad del cesionario o cesionarios intermedios; pero no garantiza jurídicamente la consecución del mismo. Para ello, habría que sostener que el último cesionario adquiere directamente el crédito del primitivo acreedor, sin que exista sucesión de ningún tipo entre aquél y el cesionario intermedio. Para sostener lo cual, o se afirma que mientras el espacio en blanco no se rellena el crédito permanece sin sujeto, o se afirma que el cesionario intermedio actúa a la vez por cuenta e interés propio y como representante sin poder (con posterior ratificación con eficacia retroactiva, art 1.259 II CC) del desconocido e indeterminado último cesionario, o se afirma que hasta que éste entra en escena sigue siendo acreedor el originariamente tal. Ahora bien, las dos primeras afirmaciones no parecen de recibo en nuestro ordenamiento, y la última contradice como regla la voluntad de las partes, que típicamente excluyen que, durante el período en que el espacio del documento de cesión reservado para el nombre del cesionario permanece en blanco, puedan todavía actuar sobre el crédito los acreedores del acreedor originario.

El cedente ha de ser titular del crédito y estar facultado para disponer de él. En los supuestos de solidaridad de acreedores, cualquiera de ellos lo está; en los de mancomunidad, sólo todos los acreedores mancomunados conjuntamente. Si el crédito no existió nunca o no existe ya, no perteneció nunca o no pertenece ya al cedente, o si éste convino con el deudor un *pactum de non cedendo*, el cesionario no adquirirá el crédito, como regla general (*cf*r LARENZ SchuldR I § 34 I, MünchKomm-ROTH 398 RdNr 19 s, MEDICUS SchuldR I § 62 I 3). Aparte las obvias, consistentes en la posterior ratificación del verdadero titular o en la legitimación sobrevenida del cedente, las excepciones a dicha regla general vendrán provocadas por el juego, bien del principio de fe pública registral, en materia de cesión de créditos hipotecarios (*cf*r art 144 LH, PEÑA *Derechos reales* p 445), bien del que prohíbe *venire contra factum proprium* (art 7.1 CC), cuando se trate de un cesionario de buena fe y a título oneroso, que confió en una situación objetiva de apariencia creada a sabiendas por quien resulte perjudicado por la adquisición del cesionario. El § 405 BGB, cuyas disposiciones creo trasladables a nuestro Derecho, dice así: «Si el deudor ha otorgado un documento sobre la deuda, no puede, si el crédito se cede bajo presentación del documento, alegar frente al nuevo acreedor que el contraer o el reconocer la relación obligatoria sólo se ha realizado con fines de simulación, o que la

cesión está excluida por pacto con el primitivo acreedor, a no ser que el nuevo acreedor conociera o debiera conocer el estado de las cosas en el momento de la cesión». Y como ya hemos apuntado en los subapartados 2.1 y 2.2 de este trabajo, constituyen otro buen ejemplo las cesiones a terceros de buena fe y a título oneroso llevadas a cabo por los aparentes cesionarios de anteriores cesiones simuladas o fiduciarias (*cfr* en este sentido CANARIS *Vertrauenshaftung* pp 93 s, 102, SCHEYHING *Sukzessionen* § 6 II, MünchKomm-ROTH § 405 RdNr 11, PALANDT-HEINRICHS § 405 Anm 2 c). Se trata, sin embargo, de excepciones. En los casos de doble o múltiple cesión del crédito por el acreedor originario, en concreto, lo adquirirá como regla el primero de los cesionarios: cualquier cesión posterior será inhábil para producir la adquisición, por no ser ya el cedente titular del derecho de crédito (GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 654 nt 38, LACRUZ *Elementos II-1.º* p 300, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 19, § 408 RdNr 1, MEDICUS *SchuldR I* § 63 IV 2, PALANDT-HEINRICHS § 408 Anm 1 a; *contra*, desde sus erróneas premisas, NAVARRO *Cesión* pp 145 ss).

Distinta es, por expresa disposición legislativa al respecto, la solución del Derecho italiano (art 1.265 CC, por todos PERLINGERI *Cessione* pp 222 ss). Y la del Derecho francés, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.690 CC (RIEG *Cession* nn 589 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p 946). En nuestro Derecho —no es impertinente señalarlo— no existe ningún precepto semejante a los citados; lo que debe ser motivo de aplauso a nuestro legislador, pues se trata de normas de muy difícil explicación racional: fruto, a mi juicio, de una histórica confusión del problema de quien adquiera en los casos de doble cesión, con los que a continuación se explican en el texto (ilustrativo al respecto, GRAZIADEI *BBTC* 1962 II pp 354 ss).

Cuestión por completo diferente a la anterior es la siguiente. Si ante la notificación por el acreedor originario de que cedió al segundo cesionario, o ante la presentación por éste de un documento de cesión otorgado por aquél, el deudor paga al segundo cesionario *sin tener conocimiento de la primera cesión* (en el sentido indicado en el apartado V de este trabajo), el deudor quedará liberado, si así lo desea, *ex* artículo 1.164 CC: no porque haya pagado al verdadero acreedor, sino pese a haber pagado a quien sólo era un acreedor aparente. Si lo prefiere, una vez conocida la primera cesión, el deudor podrá repetir lo pagado al segundo cesionario *ex* artículo 1.895 CC y continuar obligado frente al primero (*cfr* § 408 I BGB, cuyo carácter de norma *facultativa* para el deudor han señalado SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 II 3, MünchKom-ROTH § 408 RdNr 2). Seguramente hay que afirmar también que el deudor podrá hacer valer frente al primer cesionario los negocios relativos a la existencia o efectividad del crédito, que de buena fe haya realizado con el segundo

cesionario, por creerle su verdadero nuevo acreedor (*cf*r igualmente § 408 I BGB).

Pese a la ya indicada regla de prioridad temporal en materia de doble cesión, y teniendo claro que en modo alguno se trata de una excepción en sentido propio a la misma, puede ocurrir en ocasiones, por el juego del artículo 1.526 I CC, que el segundo cesionario resulte victorioso sobre el primero en el litigio entre ambos. Como en el ejemplo siguiente. El 1 de enero *A* cedió verbalmente a *B*, ante testigos, su crédito contra *D*. Quince días después, sin que la primera cesión se hubiese aún documentado en modo alguno, *A* volvió a ceder el crédito contra *D*, ahora a *C*, documentándose esta cesión es escritura pública. Ante la reclamación de *C*, exhibiendo y ofreciendo a cambio la escritura de cesión, *D*, que no había tenido conocimiento de la primera cesión, realizó el pago. Ante la ulterior reclamación de *B*, *D*, exhibiéndole la citada escritura y el correspondiente recibo, le opuso que él ya habría quedado liberado mediante su pago a *C*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.164 CC, caso de ser realmente el reclamante el verdadero nuevo acreedor. *¿Quid iuris* entonces? La respuesta es muy clara con los principios generales que gobiernan la cesión de créditos en la mano: *B*, que fue el único y verdadero acreedor, tendrá una pretensión frente a *C* —concretamente, la de cobro de lo indebido que hubiera podido ejercitar *D*, en la que quedó subrogado por aplicación analógica de lo dispuesto en el art 1.186 CC— para exigirle la restitución de lo que *D* le pagó; pudiendo a continuación exigir *C* a *A* la responsabilidad prevista en el artículo 1.529 I prop 1.^a CC (de tratarse, como de ordinario, de una cesión a título oneroso). Pero seguramente las cosas no funcionarán así, ya que, si *C* se niega a restituir a *B* lo que *D* le pagó, *B* no podrá ejercitar judicialmente con éxito su pretensión frente a aquél, porque no le será posible ofrecer la necesaria prueba de la prioridad en el tiempo de su cesión, al haber sido ésta verbal y venir tasados los medios probatorios al efecto por el artículo 1.526 I CC. Le quedará sí a *B* el recurso de exigir a *A* la indemnización correspondiente por la vía de la responsabilidad contractual.

Sobre el artículo 1.526 I hemos de volver más adelante. Espero, sin embargo, que las dos ideas fundamentales al respecto hayan quedado ya bien establecidas. Por un lado, que no se trata en modo alguno de un precepto que establezca para las cesiones de créditos una forma documental *ad solemnitatem*. Y por otro que, pese a su impreciso tenor literal, tampoco establece dicha norma un requisito de *eficacia* de la cesión contra terceros, sino, expresándose con propiedad, un requisito para la *prueba* de la cesión contra terceros. El ejemplo anterior ilustra muy bien lo que queremos decir: si *C* triunfa sobre *B* no es porque, dado que la primera cesión fue sólo verbal, *C* adquiriera efectivamente el crédito (*¿a domino* o *a non domino*?) en virtud de la segunda cesión hecha en documento público, sino sim-

plemente porque *B* no puede ofrecer la prueba que la ley le exige de lo que nosotros, porque el ejemplo es nuestro, sabemos que ocurrió: que *B* y sólo *B*, como primer cesionario, adquirió la titularidad del crédito y que nunca la adquirió *C* porque en el momento de la cesión en su favor *A* ya no era titular del mismo.

Escribió COSSIO *Instituciones* I p 328: «Es preciso aclarar, sin embargo, que a pesar de los términos del precepto que venimos examinando, la cesión afectará al tercero siempre que se pruebe por cualquier medio que había tenido conocimiento de ella, ya que los artículos del CC al que el mismo se refiere, no contienen formas constitutivas, sino tan sólo reglas de valoración de la prueba, que podrán en cualquier momento ser desvirtuadas mediante la demostración de los hechos contrarios». Sorprende enormemente el éxito que estas palabras han tenido en la doctrina posterior (GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 652, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 298, NAVARRO *Cesión* p 136). Porque, una de tres. O se sostiene que el artículo 1.526 I CC es un mero recordatorio de lo que se dispone en los artículos 1.218 y 1.227 CC y, consecuentemente, que se trata de una norma superflua. O se sostiene, como yo sostengo, que se trata de una norma «procesal», que tasa los medios de prueba contra tercero de la existencia de una cesión en una determinada fecha. O se sostiene que se trata de un precepto de carácter sustantivo, que representa en materia de doble cesión lo que el artículo 1.473 CC en materia de doble venta (MADRIDEJOS RDN 1961 pp 391 s), debiendo entonces explicarse cómo ha podido cometer nuestro legislador la insensatez de establecer como criterio de preferencia un hecho como la documentación de la cesión, que en modo alguno cabe considerar una medida de publicidad de la misma [Con relación a su art 1.690 CC, un sector de la doctrina francesa ha puesto en solfa la explicación de las formalidades previstas en la norma para la oponibilidad de la cesión a terceros (*signification*, aceptación) desde la idea dominante de que se trata de medidas de publicidad, proponiendo alguno de *lege ferenda* la supresión de las mismas al efecto (*cfr* GHESTIN *Transmission* p 28, FONTAINE *Transmission* p 623, RIEG *Cession* n 137). Con relación a su art 1.265 CC, la doctrina italiana dominante ha abandonado por completo aquella explicación, desviando consecuentemente el centro de gravedad del precepto desde la notificación o aceptación a la certeza de la fecha, a la que se califica de criterio normativo unificador y determinante (*cfr* por todos PERLINGERI *Cessione* pp 243 ss, 250 ss)] Pues bien, sólo desde la tercera de las indicadas lecturas del artículo 1.526 I, que lo equipararía funcionalmente con los artículos 1.690 CC francés y 1.265 CC italiano, tiene sentido cuestionarse si para que el tercero pueda ampararse en la norma es o no preciso que sea de buena fe (*cfr* PERLINGERI *Cessione* pp 246 ss, RIEG *Cession* nn 288 ss). Ocurre sólo que dicha lectura es, a mi juicio, completamente equivocada.

Desde el entendimiento del artículo 1.526 I que yo estimo acertado —que se trata de una norma «procesal», que tasa los medios de prueba contra tercero de la existencia de una cesión en una determinada fecha, a fin de evitar que los terceros (acreedores del acreedor, personas que han adquirido de él, bien la titularidad plena del crédito, bien un usufructo o derecho de prenda sobre el mismo) puedan

resultar defraudados mediante simulación de una cesión de fecha anterior; que no se trata de una norma «sustantiva», que establezca un criterio de preferencia distinto al de la prioridad temporal para los supuestos de conflicto entre dos o más personas que pretenden derechos incompatibles sobre el mismo crédito (a diferencia de los arts 1.690 CC francés y 1.205 italiano)—, se comprenderá que afirme que el artículo 1.526 II CC no tiene nada que ver con el problema de las adquisiciones *a non domino* de los créditos hipotecarios con base en el principio de fe pública registral (*contra* ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario* IV-2.º pp 871 s, PEÑA *Derechos reales* pp 444 s), sino que ha de ponerse en conexión con el vigente artículo 313 LH. Precisión ésta sin otra consecuencia práctica (pues ciertamente se trata hoy de un párrafo superfluo) que la de evitar que el párrafo primero del artículo 1.526 pueda ser mal interpretado a causa de un equivocado entendimiento del párrafo segundo.

VIII. Como regla, de cuyas excepciones hablaremos más adelante, los créditos son transmisibles y pueden ser objeto de cesión (art 1.112 CC). También los sometidos a condición suspensiva o término inicial, los «créditos» correlativos a las obligaciones naturales y los prescritos (por todos, PERLINGERI *Cessione* pp 12 s, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 45, RIEG *Cession* nn 45 ss). También los créditos litigiosos, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1.459.5.º, 1.535, 1.536 CC (sobre este tema, me limitaré a remitir al lector a DE CASTRO ADC 1953 pp 259 ss, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX pp 696 ss, NAVARRO *Cesión* pp 251 ss). Los créditos incorporados a títulos no al portador pueden ser también objeto de cesión ordinaria (arts 14 II, 24, 120 III LCCh).

8.1. Cedible es también el crédito integrante de una relación obligatoria sinalagmática, aunque la contraprestación no se haya cumplido todavía. La cesión afectará sólo al lado activo de la posición jurídica del cedente, permaneciendo a su cargo las obligaciones en que la contraprestación consista, que únicamente pueden ser transferidas con el consentimiento de la otra parte de la relación (art 1.205 CC). De acuerdo con los principios que, como veremos, regulan la oponibilidad de excepciones por parte del deudor cedido, podrá éste oponer al cesionario todas las derivadas de su contrato bilateral con el cedente, y entre ellas la *exceptio non adimpleti contractus* o las previstas en los artículos 1.467, 1.502 CC. Hasta aquí lo obvio (por todos, PANUCCIO *Cessione* p 857, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 71).

¿Mantendrá el cedente tras la cesión la posibilidad de oponer al cedido y acreedor suyo la *exceptio non adimpleti contractus*? Hay sin duda que inclinarse por la respuesta afirmativa [GERNHUBER FS Raiser pp 67 ss, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 225 s, LARENZ SchuldR I § 34 I, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II 6 c,

MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 72, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 324 s, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 b; *contra* LUDEWIG NJW 1972 pp 516 s]. Ello resulta claro cuando se trata de una cesión *pro solvendo* o el cedente garantiza la *bonitas nominis*; pero también debe mantenerse para los demás casos: de otra forma se vendría a favorecer injustificadamente al cedido en perjuicio de los intereses del propio cesionario; intereses que como regla habrá de defender el cedente ejercitando la excepción que nos ocupa, so pena de tener que responder contractualmente frente al cesionario por incumplimiento de su deber accesorio de colaborar en la medida de sus posibilidades en la realización del crédito cedido. Si el cesionario concede un aplazamiento al deudor, privará ciertamente al cedente de la posibilidad de oponer a éste la excepción analizada [GERNHUBER FS Raiser p 72, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 228 s]; pero lo hará a su propio riesgo. También conservará el cedente tras la cesión la posibilidad de oponer al cedido y acreedor suyo las excepciones previstas en los artículos 1.467, 1.502 CC (así, respecto del § 321 BGB, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 325 s, refutando eficazmente los argumentos en contra de GERNHUBER FS Raiser pp 74 ss).

¿Quién estará legitimado, llegado el caso, para resolver la relación obligatoria *ex* artículo 1.124 CC? No se plantearán dudas, si cedente y cesionario han pactado al respecto [*cfr* STS 23 octubre 1984, CCJC 6 (1984) pp 2027 ss, con comentario de CLAVERIA GOSALVEZ]. Caso contrario, la cuestión es extraordinariamente discutible. Sigue teniendo importante predicamento la idea de que la facultad de resolución ha de corresponder al cedente, que continúa siendo «señor del crédito» (*cfr* PANUCCIO *Cessione volontaria* 48 ss, 53 s, CICALA *Cessione del contratto* pp 64 ss, PERLINGERI *Cessione* p 153, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 3 b, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 300 nt 13); si bien es cada vez más frecuente que se añada que no podrá ejercitarla sin el asentimiento del cesionario, por cuanto tal ejercicio conlleva la extinción del crédito cedido o la pérdida de la pretensión indemnizatoria equivalente de la que aquél era titular [SEETZEN AcP 169 (1969) pp 364 ss. PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a]. Desde que en un fundamental trabajo se puso de manifiesto lo endeble de las premisas de las posturas anteriores [GERNHUBER FS Raiser pp 78 ss, 92 ss; véase también SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 218 ss, RÖDER JuS 1984 p 619, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 295 ss], ha ganado partidarios en la doctrina alemana la tesis de que la facultad de resolución corresponderá en exclusiva al cesionario [SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 244 s, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II 6 c, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 308 s]; aunque el autor de aquel trabajo acabó optando por la postura del ejercicio conjunto de la facultad resolutoria por cedente y cesionario, con el argumento de tratarse para éste de una facultad puramente «destruc-

tiva» (GERNHUBER FS Raiser pp 95 s; en la misma línea STAUDINGER-OTTO § 327 Rz 3, LARENZ SchuldR I § 34 I, MünchKomm-EMMERICH § 325 RdNr 23, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 72, MEDICUS SchuldR I § 61 II 2). Que la acción de resolución pase de pleno derecho al cesionario, en cuanto juega un papel de garantía, de medio de coerción contra el deudor cedido que no satisface su obligación, constituye opinión dominante entre los juristas franceses (*cfr* RIEG *Cession* n 361; como lo fue en la vieja doctrina italiana, según informa PANUCCIO *Cessione volontaria* p 52 ss nt 70), aunque con recientes contradictores (AYNES *Cession de contrat* pp 33 ss). Descabellada me parece la postura de quienes sostienen que dicha acción, que en ningún caso pasaría de derecho al cesionario, o corresponde al cedente, si éste ha garantizado al cesionario la solvencia del deudor, o no corresponde a nadie, en la hipótesis contraria, por falta de interés del cedente (PANUCCIO *Cessione* p 865, CICALA *Cessione del contratto* p 67 nt 23. NAVARRO *Cesión* p 278). Naturalmente, quien asigne la facultad de resolución exclusivamente al cesionario, habrá que tener muy claro que, si la ejercita, no podrá luego hacer valer frente al cedente la garantía de la *bonitas nominis* que eventualmente se hubiera pactado entre ambos: el cedente podrá sin duda oponerle la excepción del *venire contra factum proprium* [SCHWENZER AcP 182 (1982) p 245].

A mi juicio, la solución correcta ha de partir de la premisa de que la facultad de resolución corresponde al *cesionario*. Por la sencilla razón de él es «el perjudicado» del que dice el artículo 1.124 CC que «podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos», y que «también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible»; no pudiendo existir duda alguna sobre que sea el cesionario el titular de la pretensión de cumplimiento y de la de resarcimiento de daños por incumplimiento. Lo único que puede discutirse es si el cesionario precisará o no el concurso del cedente para ejercitar la facultad resolutoria. Y con dudas me inclino por la respuesta afirmativa. Por un lado, porque la resolución afecta a la esfera jurídica del cedente, y no necesaria y exclusivamente de manera favorable. Piénsese en la hipótesis de que, habiendo cumplido ya el cedente lo que le incumbía, y no teniendo interés alguno en la restitución de su prestación, tuviese que responder frente al cedido, que no ha consentido un cambio de deudor, de la restitución de lo que el cedido hubiera ya entregado al cesionario, caso de resolver éste la relación obligatoria por cumplimiento parcial o defectuoso [No me convence el intento de superar esta objeción que ofrece SCHWENZER AcP 182 (1982) p 245 nt 123]. Y por otro lado porque, sin un previo acuerdo con el cedente sobre la manera en que habrán de ajustarse entre ambos las consecuencias de la liquidación de la relación obligatoria, el ejerci-

cio de la facultad de resolución no reporta beneficio alguno al cesionario. No veo la forma, por ejemplo, en que, de haber cumplido ya el cedente lo que le incumbía, podría el cesionario que autónomamente hubiera resuelto la relación obligatoria exigirle que le cediese la pretensión de restitución de lo que pagó al cedido. Se ha sostenido que con arreglo a las normas sobre enriquecimiento injusto (DÖRNER *Dynamische Relativität* p 309). Pero, aun dejando de lado que tales normas no existen en nuestro Derecho, y puesto que un ejemplo ilustrativo vale más que muchas palabras: si *A* y *B* son cada uno propietario de uno de los dos únicos ejemplares de un antiguo sello de correos, y voluntariamente destruye *A* el suyo, ¿se le ocurrirá a alguien afirmar que tendrá una pretensión contra *B* por el injustificado enriquecimiento que ha obtenido al multiplicarse el valor de su ahora único ejemplar filatélico? En el caso de que el cedente no hubiera cumplido todavía lo que le incumbía, resultaría ingenioso sugerir, en favor del cesionario que hubiese resuelto, la aplicación analógica del artículo 1.158 CC, equiparando al pago la liberación del cedente de su obligación frente al cedido a consecuencia de la resolución (*cfr* DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 307, 309). Ingenioso, pero seguramente incorrecto: si el artículo 1.158 es una norma pensada fundamentalmente en beneficio de los deudores, no cabrá aplicarla por analogía a un medio de liberación del acreedor que no satisfaga el interés del deudor.

¿*Quid iuris*, en fin, si el cedente sufrió un error u otro vicio de la voluntad al celebrar el contrato fuente de la relación obligatoria sinalagmática? ¿A quién corresponderá la acción de anulación? Que seguirá correspondiendo al cedente, salvo que haya de verse una confirmación tácita en el negocio de cesión, es la opinión dominante (PANUCCIO *Cessione volontaria* p 51, *Cessione* p 866, CICALA *Cessione del contratto* pp 64 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 152 s, RIEG *Cession* n 361), aunque añadiéndose con frecuencia que no podrá ejercitarla sin el asentimiento del cesionario [FLUME *Rechtsgeschäft* § 31 3, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 72, PALANDT-HEINRICH § 398 Anm 5 a. En un sentido muy diferente, ligado a la observación de CICALA *Cessione del contratto* pp 120 ss de que el cesionario es «tercero» respecto del contrato anulable, que podrá quedar protegido en los términos del art 1.445 CC, impidiendo así el ejercicio por el cedente de la acción de anulabilidad, ha afirmado PERLINGERI *Cessione* pp 154 s la necesidad del asentimiento del cesionario, cuando así resulte protegido, para el ejercicio de la acción por el cedente. En nuestro Derecho no existe ningún precepto como el art 1.445 italiano]. Una minoría propone, sin embargo, una solución diferenciada, según se trate de la cesión de un crédito de dinero (p.e. del crédito al precio de la venta del cedente al cedido, celebrada con error por el primero), en cuyo caso la facultad de anular seguirá correspondiendo al cedente, o se trate de la cesión de un crédito de

cosa (p.e. el objeto comprado por error por el cedente al cedido, y aún no entregado por éste), en cuyo caso —se nos dice— habrá de corresponder al cesionario, pues será él, no el cedente, el único interesado en el asunto. Piénsese —se nos pone este ejemplo— en el caso de que *A* ceda a *B* por algo más de 100 el crédito a la cosa que *A* compró a *C* por 100, cuando en realidad sólo valía 10, por error de *A* o dolo de *C* [SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 250 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 319 ss].

Mis posiciones son las siguientes. En los supuestos ordinarios, en que se ceden créditos de dinero, la acción de anulabilidad seguirá correspondiendo al *cedente*; éste podrá ejercitarla sin necesidad de contar con el asentimiento del cesionario; pero si lo hace, habrá de responder frente a éste *ex* artículo 1.529 I prop 1.^a CC [PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 51 s nt 67, *Cessione* p 866, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 251 s; parecido DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 323 s]. Creo que también seguirá correspondiendo al cedente, y no al cesionario, en los casos de cesión de créditos de cosa. El ejemplo antes mencionado sirve bien para argumentar mi punto de vista: o *B* compró a *A* el crédito por error, y entonces podrá anular la compraventa del crédito (y luego *A* anular la compraventa de la cosa), o *B* compró a *A* el crédito sin error alguno, y entonces no tendría el más mínimo sentido concederle la facultad de anular la compraventa de la cosa. Ahora bien, para poder ejercitar la acción en tales casos, el cedente habrá de contar con el asentimiento del cesionario, salvo que éste haya anulado previamente el contrato de cesión; porque el cesionario puede preferir pese a todo quedarse con la cosa de que se trate. Puesto que en nuestro Derecho el plazo de cuatro años de la acción de anulabilidad comienza a contar, en los casos de error o dolo, «desde la *consumación* del contrato» (art 1.301 III CC), no existe riesgo para el cedente de que el cesionario pudiese descubrir su error y anular el contrato de cesión en un momento en el que hubiera transcurrido ya el término en que poder ejercitar la acción de anulabilidad del contrato de compraventa de la cosa.

Para las acciones de saneamiento por vicios ocultos, valen las mismas soluciones que para la de resolución por incumplimiento [*cf* SEETZEN AcP 169 (1969) pp 370 s, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 245 s, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II 6 c, ESSER-SCHMIDT *SchuldR* I § 37 I 3 b, MünchKomm-ROTH § RdNr 72, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 312 s]. Y las soluciones dadas para la acción de anulabilidad, valen también para la de rescisión por lesión (véase la bibliografía citada a propósito de la primera).

8.2. Cabe también la cesión de sólo una parte de un crédito, siempre que la prestación objeto del mismo sea divisible y la cesión parcial no esté excluida por pacto con el deudor; pacto que podrá excluir absolutamente las cesiones parciales, o permitir las sólo en determinadas condiciones (p.e. no por cuantía inferior a una determina-

da). Así se deduce con toda claridad del artículo 149 I LH: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte [...]», resultando imposible imaginar algún motivo por el que la admisibilidad de las cesiones parciales debiera limitarse a los créditos garantizados con hipoteca. Y es, por lo demás, opinión dominante en el Derecho comparado [cfr PANUCCIO *Cessione* p 858, DERDELER AcP 169 (1969) p 97, PERLINGERI *Cessione* p 14, LARENZ SchuldR I § 34 I, SCHEYHING *Sukzessionen* § 8 I, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 2, RIEG *Cession* n 43, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 b; *contra* MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 48, pero ya KOGEL NJW 1975 p 2063]. Un límite general se encuentra, eso sí, en el artículo 7.2 CC, que cabría oponer en los casos de un gran número de cesiones parciales de un mismo crédito a un gran número de nuevos acreedores [en general sobre la «intolerabilidad» para el deudor cedido de determinadas cesiones de créditos, BAUMGÄRTEL AcP 156 (1957) pp 265 ss].

Efecto de la cesión parcial es la división del crédito originario en una pluralidad de créditos, cuyas relaciones recíprocas obedecen a los principios de autonomía —cada uno de ellos seguirá su propia suerte, de acuerdo con las reglas relativas a los créditos parciarios— y de igualdad. No existe prelación de la parte cedida sobre la restante, ni viceversa; la secuencia temporal de las varias cesiones parciales carece de relevancia para el *status* recíproco de los créditos parciarios. El deudor es libre de preferir a uno de los acreedores y pagarle primero la totalidad de su parte (lo que no significa, claro está, que pueda no pagar al que primero le exija el cumplimiento). Cabe que el cedente pacte con el cesionario parcial que el crédito de uno de ellos sea preferente sobre el del otro; pero tal pacto tendrá sólo eficacia en las relaciones internas, y no frente al deudor cedido, salvo que éste haya concurrido o prestado su adhesión al mismo. Si el cedente cede luego a un tercero la parte restante del crédito, tampoco tiene el tercero que dejarse oponer el pacto de prelación, a no ser que haya asumido el correspondiente deber; pero habrá de contar con que el deudor, si ha concurrido a la celebración de dicho pacto, le oponga que debe pagar primero al otro acreedor. El significado del pacto de prelación consiste siempre en que el vinculado por él se obliga frente a su cocontratante a darle preferencia ante una solvencia insuficiente del deudor, esto es, a colocarle en una posición igual a la de si su crédito fuera de rango preferente. Si el deudor da su conformidad a dicho pacto, un cumplimiento en el orden contrario podrá generar deberes indemnizatorios a su cargo.

Sobre todo lo anterior, DERDELER AcP 169 (1969) pp 98 ss, LARENZ SchuldR I § 34 I, SCHEYHING *Sukzessionen* § 8 II 1, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 46, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 b. Véase también RIEG *Cession* nn 347, 600 s, donde se comprobará que la doctrina francesa parece partidaria de la eficacia frente a terceros del pacto de

prelación. A mi juicio, en cambio, el cedente que pacta la prioridad frente a él del primer cesionario parcial se obliga, bien a no ceder la parte restante sin lograr que el tercero asuma también dicha preferencia, bien a garantizar al primer cesionario parcial la solvencia del deudor en la medida necesaria para hacer su situación equivalente a la de si el tercero hubiera asumido el pacto de prelación.

No será infrecuente que los varios acreedores parciarios tengan un común representante o autorizado para el pago: el propio cedente, por lo general. Si conociendo la existencia de la cesión o cesiones parciales, el deudor entrega a aquél una cantidad no bastante para satisfacer íntegramente todos los créditos, habrán de aplicarse las normas sobre imputación de pagos (arts 1.172 ss CC). Que dichos preceptos son también aplicables a una hipótesis como ésta, pese a que el artículo 1.172 comienza refiriéndose a «el que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de *un solo acreedor*», lo afirma la doctrina más atenta (BERCOVITZ *Comentarios XVI-1.º* pp 165 s). Que afirma también la posibilidad de una imputación tácita del deudor (p 174), como la que seguramente habrá que entender realizada si, existiendo un acuerdo interno de distribución entre los acreedores, el deudor paga con conocimiento del mismo al representante o autorizado común, sin declaración en contrario (el supuesto es semejante al contemplado en el art 1.172 II CC). *¿Quid iuris* si, desconociendo la existencia de una cesión parcial, el deudor realiza un pago parcial a su acreedor originario; si, por poner un ejemplo, *D* paga 800 a *X*, desconociendo que éste ha cedido a *Y* la cuarta parte de su crédito de 1.000 contra *D*? En el momento en que tenga conocimiento de la cesión parcial, *D* podrá optar por ampararse en lo dispuesto en el artículo 1.527 CC; en cuyo caso, por aplicación del artículo 1.174 II CC, habrá que concluir que 600 de las 800 pagadas se imputarán al pago de su deuda de 750 frente a *X* y las otras 200, al pago de su deuda de 250 frente a *Y*. O podrá optar, por el contrario, por no ampararse en aquel precepto (*supra*, apartado IV); en cuyo caso, quedará plenamente extinguida su deuda de 750 frente a *X*, podrá repetir de éste las 50 de diferencia con las 800 que le pagó, y continuará siendo deudor de *Y* por 250 [Sobre todo lo anterior con ulteriores precisiones, DERDELER AcP 169 (1969) pp 100 ss].

X vende a *D* una cosa por 1.000 y cede a *Y* un crédito de 250, parte de su crédito de 1.000 contra *D*, notificándole a éste la cesión parcial. *Y* reclama a *D* el pago de su crédito de 250, pero *D* le contesta, alegando lo dispuesto en el artículo 1.486 *in fine* CC, que sólo le pagará 50, porque la cosa que *X* le vendió tenía vicios ocultos que disminuían su valor en una quinta parte. *¿Quid iuris*?

Si hemos de hacer caso a lo decidido por el *Bundesgerichtshof* en su sentencia de 8 diciembre 1966 (BGHZ 46 pp 242 ss), la respuesta sería la siguiente. El derecho de *D* a una rebaja de 200 en el precio de compra, sólo podrá ser opuesto a *Y* por 50, es decir, en la misma

proporción en que la parte del crédito que *X* le cedió se encuentra respecto del total del mismo ($250/1.000 = 1/4 = 50/200$); luego *D* habrá de pagar a *Y* 200 (y 600 a *X*, rebajando las 150 restantes de su crédito de 750). Ahora bien, si *X* e *Y* hubieran pactado que el crédito del segundo sería preferente al del primero, *D* podría oponer la reducción del precio en 200 únicamente a *X*, pagándole 550; en ninguna medida a *Y*, al que habría de pagar las 250.

La solución parece acertada [DERDELER AcP 169 (1969) pp 117 ss, LARENZ SchuldR I § 34 I, SCHEYHING *Sukzessionen* § 8 II 2, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 b]. El derecho a la reducción del precio de venta funciona como una suerte de carga del correspondiente crédito, pareciendo sensato que, salvo pacto en contrario, dicha carga sea soportada a prorrata entre el cedente y el cesionario, entre *X* e *Y* en proporción de 3 a 1. Se trata de una solución que puede producir al deudor inconvenientes prácticos y procesales; pero tales perjuicios son consecuencia inevitable de la admisión legislativa de las cesiones parciales (para el Derecho alemán, se han utilizado como argumento en contra de la admisibilidad de la figura por MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 48). El que un pacto entre *X* e *Y* dando preferencia al crédito del segundo sobre el del primero produzca aquí efectos frente al deudor *D*, es perfectamente lógico —se trata, en el fondo, de que *X* ha cedido a *Y* una parte mayor (sin «cargas») de su crédito— y en modo alguno incongruente con lo dicho más atrás: constando claramente la «prioridad» del crédito de *Y*, *D* puede, si lo prefiere, pagar primero a *X* sus 550, haciendo valer frente a él en su integridad su derecho a la reducción del precio de venta. Que exista o no un tal pacto de preferencia, es cuestión de interpretación del contrato de cesión parcial, siendo indicios a favor el carácter oneroso de la cesión y, mucho más claramente, el que concurra una garantía de la solvencia del deudor por parte del cedente [DERDELER AcP 169 (1969) pp 119 s, RIEG *Cession* n 347].

Los anteriores principios de solución valen también para casos análogos —reducción del precio por defectos de cabida o calidad del inmueble comprado (arts 1.469, 1.471 CC), redhibición parcial de la compra conjunta de dos o más cosas o animales por precio alzado (arts 1.491, 1.492 CC), etc.—, pero sería un error tratar de extenderlos a cualesquiera contraderechos del deudor cedido. Por ejemplo, si *X* cede a *Y* un crédito de 250, parte de un crédito de 1.000 que tenía contra *D*, y éste, que no consintió la cesión, era titular de un crédito de 200 contra *X*, podrá optar libremente *D*, existiera o no un pacto de prelación entre *X* e *Y*, por oponer la compensación de su entero crédito de 200 frente a la reclamación de *Y* (*cfr* art 1.198 CC), o frente a la reclamación de *X* [DERDELER AcP 169 (1969) pp 120 ss, MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 14, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2].

8.3. Si dejamos de lado las prácticamente irrelevantes cesiones a título gratuito, evitando así el obstáculo que pueda representar el artículo 635 CC, caben también las cesiones (anticipadas) de créditos futuros, siempre que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (art 1.271 CC): no es indispensable que cuando la cesión anticipada se concluye se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica del o de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor.

En este sentido, la jurisprudencia y doctrina dominante en Alemania (LARENZ SchuldR I § 34 III, SCHEYHING *Sukzessionen* § 9 II, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 2, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 60 s, aunque véanse también sus dudas en RdNr 67, MEDICUS SchuldR I § 62 I 2 b-c, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 c, BROX Allg SchuldR RdNr 391). La jurisprudencia italiana, en cambio, ha venido exigiendo que la relación jurídica básica, fuente del crédito futuro, exista ya en el momento de celebración de la cesión anticipada, con el apoyo de un sector de la doctrina (MARANI *Notifica* p 238 nt 26, PANZARINI *Sconto* p 624 nt 482) y la acertada crítica de otro (DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 266 s; véase además MANCINI *Cessione* p 386). También en una línea más restrictiva que la aquí defendida, aunque muy poco clara, se mueven la jurisprudencia y doctrina francesas (RIEG *Cession* nn 45, 53 ss, 82, 197 s).

La efectiva transferencia del crédito del cedente al cesionario sólo se producirá en el instante del nacimiento del mismo, eso sí, sin necesidad de ningún ulterior negocio jurídico ni de que persista el inicial acuerdo de voluntades entre las partes y sin que resulte preciso acto alguno de (cuasi) tradición. Si en el período de tiempo intermedio realizase el cedente otra u otras cesiones anticipadas del mismo crédito, éstas resultarían como regla ineficaces, por falta de poder de disposición de aquél: rige también aquí el principio de prioridad temporal entre las cesiones. La cesión anticipada quedará sin objeto, sin embargo, si el crédito futuro en cuestión no llega finalmente a nacer (la relación obligatoria se extingue antes, por ejemplo, por mutuo disenso o por desistimiento unilateral del propio cedente), o si nace en cabeza de persona distinta a quien anticipadamente lo cedió (aquella que subentró en la posición contractual de éste antes del nacimiento del crédito); y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca, configurado por los acuerdos entre cedente y deudor, aunque no se corresponda con lo previsto en el convenio de cesión anticipada. Aparte, claro está, la responsabilidad en que el cedente pueda incurrir frente al cesionario en todos esos casos [Sobre todo lo anterior, LARENZ SchuldR I § 34 III, SCHEYHING *Sukzessionen* § 9 III, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 3 a, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 60, MEDICUS SchuldR I §

62 I 2 c (quien se inclina, empero, por la no vinculación de quien cede anticipadamente), PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 c. Ya con gran precisión VON TUHR *Tratado* pp 302 s. Breves apuntes, en fin, en PERLINGERI *Cessione* pp 12 s nt 7, PANZARINI *Sconto* p 624 nt 482, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 267, NAVARRO *Cesión* pp 107 s].

En caso de cesión anticipada de un crédito futuro, ¿nacerá el crédito inmediatamente en cabeza del cesionario (*Unmittelbarkeitstheorie, Direkterwerb*) o, por el contrario, permanecerá al nacer durante un «segundo lógico» en el patrimonio del cedente, pasando desde éste al patrimonio del cesionario (*Durchgangstheorie, Durchgangserwerb*). Por plantear la cuestión en términos menos conceptuales y más prácticos: si entre el momento de la cesión anticipada y el del nacimiento del crédito cayera en quiebra el cedente, ¿se integraría o no el crédito al nacer en la masa de la quiebra? De acuerdo con la opinión dominante, se impone una respuesta diferenciada. Si en el momento de la cesión, o en todo caso antes de la fecha de la quiebra, se hubiera ya celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada —este es el caso, además de los créditos sometidos a condición suspensiva o término inicial, de los créditos que vendrán a surgir de relaciones obligatorias duraderas ya existentes—, el crédito en cuestión nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición de su patrimonio, y no se integrará, consecuentemente, en la masa de la quiebra. En la hipótesis contraria —cesiones anticipadas de créditos que nacerán de contratos de compraventa, obra, arrendamiento, etc. proyectados, pero aún no celebrados—, el crédito de que se trate nacerá en cabeza del cedente, y, puesto que entonces estará ya éste privado de la libre disposición de sus bienes, se integrará el crédito en la masa de la quiebra (LARENZ *SchuldR* I § 34 III, SCHEYHING *Sukzessionen* § 9 III 3, MANCINI *Cession* p 386, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 64 s, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 c; MEDICUS *SchuldR* I § 62 I 2 c sólo admite una *Direkterwerb* en los supuestos de créditos condicionados o aplazados, en los que el cedente tiene ya un verdadero derecho expectante que transmitir. En la medida en que admite las cesiones de créditos futuros, de acuerdo la jurisprudencia italiana: DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 267 s nt 38).

Los problemas que plantean las cesiones anticipadas en materia de excepciones oponibles al cesionario por el deudor cedido, tradicionalmente ligados también a la polémica *Direkterwerb/Durchgangserwerb*, serán analizados más adelante (*infra* 13.5).

Caben también, en fin: la cesión parcial de un crédito futuro, la cesión de una masa de créditos, la cesión de una masa de créditos

futuros, la cesión parcial de una masa de créditos y la cesión parcial de una masa de créditos futuros. Los problemas serán sólo de adecuada determinación del objeto del contrato y, si se tratara de «cesiones» en garantía de masas de créditos futuros, de ilicitud del contrato por sobreaseguramiento que limite de manera intolerable la libertad de movimientos del cedente en el campo económico. Nos encontramos, sin embargo, ante problemas muy ligados al caso concreto, cuyo análisis y solución, necesariamente tipológicos, requieren una previa o concomitante elaboración jurisprudencial, inexistente hoy en nuestro país. Habrá que remitirse, pues, a los tratamientos de la doctrina y jurisprudencia alemanas (*cf*r por todos SCHEYHING *Sukzessionen* § 10, ESSER-SCHMIDT *SchuldR I* § 37 I 2 a-b, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 48 ss, 99 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 d).

8.4. Las excepciones a la regla general de la transmisibilidad de los créditos mediante cesión, pueden clasificarse en tres grupos: las derivadas de prohibición legal (p.e. arts 151, 1.459.5.º CC, 152 LH), las derivadas de exclusión convencional o *pactum de non cedendo*, y las derivadas de la específica naturaleza del crédito en cuestión: bien porque la persona del acreedor determine el contenido (la identidad) de la prestación, o quepa reconocer al deudor un interés protegible en prestar sólo a una determinada persona, de manera que resulte intolerable para él un cambio de acreedor; bien porque se trate de un crédito accesorio, no separable de otro principal. Por su especial interés, me centraré en lo que sigue en el estudio del *pactum de non cedendo* (abundantes ejemplos del último de los grupos en SCHEYHING *Sukzessionen* § 3 II, MünchKomm-ROTH § 399 RdNr 7 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 159 ss, PALANDT-HEINRICHS § 399 Anm 2).

Ante todo, conviene subrayar la radical diferencia de régimen jurídico entre las prohibiciones de disponer y los *pacta de non cedendo*. Salvo excepciones muy limitadas, nuestro ordenamiento civil común no reconoce eficacia (real) a las primeras: artículos 348 I («La propiedad es el derecho de gozar y *disponer* de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas *en las leyes*»), 781, 785.2.º CC, 26.3.º, 27, 107.3.º LH. Mientras que el artículo 1.112 CC dispone: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, *si no se hubiese pactado lo contrario*». Precepto del que debe deducirse, a mi juicio sin duda alguna, la general admisibilidad en nuestro Derecho de un pacto entre acreedor y deudor por el que resulte excluida la transmisibilidad mediante cesión del crédito de que se trate (*pactum de non cedendo* en sentido propio); no sólo de uno, también perfectamente admisible, por el que el acreedor se obligue frente al deudor a no ceder el crédito en cuestión (obligación de no ceder). Cabe como regla, así pues, un *pactum de non cedendo* con eficacia, no ya de generar a cargo del cedente

que lo viole una obligación de indemnizar al deudor cedido los perjuicios que le haya reportado la transmisión del crédito al cesionario —que es la eficacia propia de una obligación de no ceder—, sino de hacer imposible, salvo autorización del deudor, la transferencia del crédito del cedente al cesionario. Los límites habrá que buscarlos, a modo de excepciones muy restringidas, en el artículo 7.2 CC: por la vía de considerar abusiva la negativa del deudor a autorizar una cesión concreta, sin interés alguno digno de protección que justifique su actitud. Dos precisiones, en fin, sobre la eficacia del *pactum de non cedendo*. Primera, que no se trata sólo de que la cesión que lo vulnere sea inoponible al deudor, pero eficaz respecto de los demás: el crédito seguirá permaneciendo *erga omnes* en el patrimonio del originario acreedor, donde, por ejemplo, podrá ser válidamente embargado por los acreedores de aquél, aun después de la pretendida cesión. Segunda, que el cesionario no adquirirá el crédito, aunque sea de buena fe, esto es, aunque no tuviese conocimiento en el momento de la cesión de la existencia del *pactum de non cedendo* (contra DIEZ PICAZO *Fundamentos* I pp 804 s, NAVARRO *Cesión* p 76). Salvo que el cesionario hubiera confiado legítimamente en una situación objetiva de apariencia, cuya creación sea imputable al deudor cedido: hubiera adquirido con base en documentos probatorios del crédito otorgados por el deudor, en los que no constase en modo alguno aquél pacto (*cf*r apartado VII de este trabajo).

Sobre todo lo anterior, LARENZ SchuldR I § 34 II 1, SCHEYHING *Sukzessionen* § 3 VI, VII, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 2 e, MünchKomm-ROTH § 399 RdNr 26 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 141 ss, 213 ss, MEDICUS SchuldR I § 62 I 4 c, PALANDT-HEINRICHS § 399 Anm 4, BROX Allg SchuldR RdNr 388.

Necesariamente distintas son las soluciones del Derecho italiano, por cuanto el artículo 1.260 II CC dispone: «Las partes pueden excluir la cedibilidad del crédito; pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que lo conocía en el momento de la cesión». Remito al lector interesado a MARANI *Notifica* pp 189 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 20 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 269 s. Coinciden, en cambio, en Derecho suizo: VON TUHR *Tratado* p 301.

Pese al *pactum de non cedendo*, la transferencia del crédito del cedente al cesionario se producirá, como es lógico, si el deudor ha autorizado previamente la cesión. También se producirá si, realizada ésta sin su autorización, la aprueba posteriormente; y con efecto retroactivo (*ex tunc*), aunque sin perjuicio de los actos de disposición y las medidas de ejecución válidamente realizados en el entretanto. Caso de haber llevado a cabo el acreedor originario una pluralidad de cesiones vulnerando el *pactum de non cedendo*, el deudor podrá aprobar aquella que desee, sin sujetarse al criterio de prioridad temporal. De la autorización o aprobación de una cesión concreta, debe distinguirse el convenio entre deudor y acreedor dirigido a eliminar

de una vez por todas el *pactum de non cedendo*. Convenio que servirá para convalidar, ahora con efectos *ex nunc*, una previa cesión realizada por el acreedor sin la autorización del deudor. Si las cesiones previas no autorizadas llevadas a cabo por el acreedor fueron varias, adquirirá el crédito el cesionario primero en el tiempo.

Sobre todo lo anterior, consúltese la literatura alemana antes citada y DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 206 ss. En la enconada polémica sobre si sea o no necesario un nuevo contrato entre acreedor y deudor para la eliminación de la pactada incedibilidad y sobre los efectos retroactivos o no de una tal eliminación, ha terciado acertadamente DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 143 s.

Deudor y acreedor pueden pactar la incedibilidad del crédito bien en el momento de su creación, bien posteriormente. Pero todo lo dicho hasta aquí no resulta aplicable a un pacto entre el cedente y el cesionario por el que se excluya una ulterior cesión del crédito por parte del segundo; pacto al que habrá de aplicarse el régimen ordinario de las prohibiciones de disponer: como regla, no tendrá otra eficacia que la de una mera obligación de no disponer (MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 15; véase también MARANI *Notifica* p 189; *contra* PERLINGERI *Cessione* p 23).

Muy difícil de responder es la pregunta siguiente. Acordada la cesión anticipada de un crédito futuro, ¿cabe que hasta el momento del nacimiento del crédito convengan deudor y acreedor un *pactum de non cedendo* con la eficacia ya indicada? Al margen de la responsabilidad en que el acreedor incurra frente al «cesionario anticipado», me inclino con la opinión dominante en Alemania por la respuesta afirmativa, cuando menos hasta el momento de celebración del contrato o constitución de la relación jurídica fuente del crédito en cuestión: es algo con lo que el «cesionario anticipado» debe conformarse, de la misma manera que con el hecho de que el crédito futuro no llegue finalmente a nacer, o nazca por una cuantía inesperadamente menor (SCHEYHING *Sukzessionen* § 3 III 5 b, MünchKomm-ROTH 399 RdNr 25, PALANDT-HEINRICHS § 399 Anm 3 a). Quien mantenga la postura contraria, con el argumento de que la cesión anticipada hizo perder al cedente su poder de disposición sobre el crédito futuro, habrá de admitir al menos que el deudor pueda oponer al «cesionario anticipado» el *pactum de non cedendo* que hubiese convenido con el «cedente anticipado» antes de tener conocimiento de la cesión anticipada.

Junto al *pactum de non cedendo* ordinario caben otros más restringidos, como los que subordinan las cesiones a determinada forma u otro requisito, las excluyen durante un determinado plazo o en favor de determinadas personas, excluyen las cesiones parciales o las permiten sólo en cuantía no inferior a una determinada, etc. (MünchKomm-ROTH § 399 RdNr 25).

IX. Es opinión prácticamente unánime entre nosotros que la cesión de créditos no precisa otra forma que la requerida para el «negocio utilizado como causa de originación» (recuérdese la polémica sobre la naturaleza de la cesión de créditos esbozada en el apartado I de este trabajo). O lo que es lo mismo, que salvo que se trate de una cesión a título gratuito (de una donación de crédito), en cuyo caso sería aplicable el artículo 632 CC (dudoso si el art 633 CC, de tratarse de un crédito hipotecario), la cesión de créditos no requiere para su validez ninguna forma especial [DIEZ PICAZO *Fundamentos I* pp 803, 805, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* pp 646 s, LACRUZ *Elementos II-1.º* p 298, NAVARRO *Cesión* pp 99 ss (confuso MADRIDEJOS RDN 1961 pp 389 s; mantiene incomprensiblemente que la cesión de créditos civiles, a diferencia de los mercantiles, requiere escritura pública FERNANDEZ ARMESTO RDBB 1987 pp 384 s). En el mismo sentido, las doctrinas italiana y francesa: PANUCCIO *Cessione volontaria* p 29, PERLINGERI *Cessione* pp 80 s, MANCINI *Cessione* p 385, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 259, RIEG *Cession* nn 118, 120, 127 s]. Ninguna excepción supone al respecto lo que dispone el artículo 1.280 I 6.º, II CC, por tratarse de normas que han de interpretarse en estrecha conexión con lo dispuesto en el artículo 1.279 CC. La misma regla general de libertad de forma rige, pese al tenor literal del artículo 149 LH, para la cesión de créditos hipotecarios (ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario IV-2.º* pp 870 s, PEÑA *Derechos reales* p 443). La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 marzo 1985 [CCJC 8 (1985) pp 2.527 ss, con comentario de CLAVERIA GOSALVEZ] afirmó la perfecta validez y eficacia de un contrato de cesión de crédito hipotecario hecho en documento privado. Ninguna formalidad es precisa tampoco para la validez y eficacia de las cesiones ordinarias de (los créditos incorporados a) títulos de crédito nominativos o a la orden: *supra*, apartado III.

En el apartado VII de este trabajo, expusimos ya las que consideramos ideas claves en la interpretación del artículo 1.526 I CC; un precepto que, en mi opinión, nunca ha sido comprendido de forma precisa por nuestros autores, probablemente por haber sido leído bajo el influjo de las doctrinas francesa e italiana sobre los artículos 1.690 y 1.265 de sus respectivos Códigos (*cfr* MADRIDEJOS RDN 1961 pp 391 s, DIEZ PICAZO *Fundamentos I* p 805, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* pp 651 s, LACRUZ *Elementos II-1.º* p 298, NAVARRO *Cesión* pp 127 ss). Estas son tales ideas: que en modo alguno se trata de una norma que establezca con carácter general para las cesiones de créditos una forma documental *ad solemnitatem*; y que, aunque otra cosa induzca a hacer pensar su impreciso tenor literal, tampoco establece dicho precepto un requisito de *eficacia* de la cesión frente a terceros, sino, expresándose con propiedad, un requisito para la *prueba* de la cesión contra terceros. Se trata de una

norma «procesal», que tasa los medios de prueba contra tercero de la existencia de una cesión en una determinada fecha, a fin de evitar que los terceros —acreedores del acreedor, personas que han adquirido de él, bien la titularidad plena del crédito, bien un usufructo o derecho de prenda sobre el mismo— puedan resultar defraudados mediante simulación de una cesión de fecha anterior. No se trata de una norma «sustantiva», que establezca un criterio de preferencia distinto al de la prioridad temporal para los supuestos de conflicto entre dos o más personas que pretendan derechos incompatibles sobre el mismo crédito.

Ahora debe añadirse algo de gran importancia, aunque sistemáticamente ignorado por quienes, entre nosotros, han dedicado su atención al tema objeto de este estudio. Es jurisprudencia muy reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la norma del artículo 1.227 CC sólo es aplicable cuando el hecho a que se refiere únicamente puede quedar demostrado por el propio documento, lo que no ocurre cuando además existen otros medios de prueba que acreditan la realidad de la fecha que en él aparece: sentencias, entre las últimas, de 5 junio 1981 (CLJC núm 250), 6 julio 1982 (CLJC núm 319), 18 noviembre 1983 (CLJC núm 586), 5 junio 1986 (AC 768/86), 25 enero 1988 (AC 312/88) y especialmente 11 abril 1988 (AC 612/88). O, dicho de otra forma, que las hipótesis enumeradas en el artículo 1.227 no configuran una lista cerrada, pudiendo resultar averada la certeza de la fecha de un documento privado por cualquier medio de prueba (CORDON *Comentarios XVI-2.º* pp 193 s). Lo que viene a significar, en relación con nuestra materia, que la tasa de medios de prueba establecida por el artículo 1.526 I CC se limita a la exigencia de que el contrato de cesión conste documentalmente.

También en el apartado VII, ilustramos ya el funcionamiento «patológico» (por impedir la tasa de la prueba la demostración de lo efectivamente sucedido en la realidad jurídica) del artículo 1.526 I en los supuestos de doble o múltiple cesión. Tras insistir en que lo mismo vale en el caso de que una, varias o todas las «cesiones» no lo fueran de la plena titularidad del crédito, sino constitutivas de un usufructo o derecho de prenda sobre el mismo, no resta sino añadir que, de plantearse el conflicto entre cesionarios, ninguno de los cuales pueda ofrecer prueba documental de su contrato de cesión, será admisible cualquier medio de prueba en la demostración de la victoriosa prioridad temporal. Lo mismo, si todas las cesiones constan en documento privado. El cesionario provisto de documento privado de fecha anterior a la del documento público de cesión de otro, de no encontrarse, también en fecha anterior, en alguna de las hipótesis del artículo 1.227, tendrá la carga de aportar otros medios de prueba bastantes para convencer al juzgador de la certeza de la fecha del documento privado.

El otro gran grupo de casos en que entrará en juego el artículo 1.526 I CC es el de las tercerías o derechos de separación de quienes afirman ser cesionarios anteriores (plenos o titulares de usufructo o prenda), en los supuestos de embargo de crédito por los acreedores del acreedor pretendido cedente, o en los de quiebra de éste. La pretensión del sedicente cesionario sólo podrá triunfar si la cesión que alega consta en documento de fecha anterior y, de tratarse de documento privado, si puede aportar algún otro medio de prueba bastante para convencer al juzgador de la certeza de la fecha del mismo (STS // abril 1988). Espero que no sea ya necesario insistir en que la causa de ello no es la de que sea cierto —porque no lo es— que, respecto de los acreedores del cedente, la cesión sea ineficaz y el crédito permanezca en el patrimonio del cedente, mientras el contrato de cesión no conste en documento de fecha cierta.

De la combinación de los artículos 1.526 I y 1.258 CC se deduce el derecho de todo cesionario —no sólo en los casos del art 1.280 I 6.º, II— a exigir al cedente el otorgamiento de un documento, siquiera privado, en que conste el contrato de cesión.

X. Contenido esencial del contrato de cesión de crédito es la sucesión en la posición jurídica acreedora, la salida del anterior acreedor y la concomitante subentrada del nuevo. No hay problema en que se pacte que el cesionario sólo podrá ejercitar el derecho de que ha devenido titular tras un determinado período de tiempo o bajo determinados presupuestos, ni en que aquél encomiende al propio cedente la gestión de cobranza del crédito cedido. Pero no existirá cesión eficaz alguna, si en el contrato se excluye por tiempo indefinido y sin condiciones la legitimación del cesionario para hacer valer el crédito en su nombre (SCHEYHING *Sukzessionen* § 2 III 3, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 12, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 2 d).

Un ilustrativo ejemplo de la hipótesis que acabamos de mencionar, se nos ha ofrecido en el seno de ese nuevo «producto financiero» que se conoce por el nombre de *crédito-subasta* (una aceptable descripción del mismo en FERNANDEZ ARMESTO RDBB 1987 pp 379 ss).

A las futuras Entidades Licitadoras Adjudicatarias —los bancos que prestarán dinero al Acreditado (la gran empresa prestataria), tras resultar adjudicatarios en las correspondientes subastas de partes de los créditos o «disposiciones» a corto plazo que el Acreditado irá solicitando en el curso de la operación— les interesaba, claro está, que se mantuviera la posibilidad de ceder a terceros sus créditos frente al Acreditado de la manera que estimasen más conveniente; que se mantuviera, esto es, la más amplia posibilidad de refinanciación por esa vía. Pero un tal interés, sostenido a la hora de convenir el acuerdo-marco del crédito-subasta por las Entidades Acreditantes —bancos consorciados, presididos por el Banco Angente, que abren al Acreditado el llamado «crédito base»: un crédito sindicado a largo plazo e interés variable, destinado a servir de «red» ante la eventualidad de que las subastas de disposiciones a corto no produzcan

el resultado apetecido—, que son además naturales Entidades Licitadoras, entraba en conflicto con el interés del Acreditado en ahorrarse las molestias y complicaciones resultantes del cambio y segura multiplicación de acreedores, que provocarían las cesiones de sus créditos, muy frecuentemente parciales, por parte de las Entidades Adjudicatarias.

No pudo la Banca imponer sus condiciones —en un mercado con bastante liquidez, la posición de los grandes prestatarios es muy fuerte y los créditos-subasta son operaciones que se sitúan en las decenas de miles de millones de pesetas— y se llegó al compromiso siguiente. Por un lado, se excluye en el acuerdo-marco que los futuros bancos adjudicatarios puedan ceder parcialmente sus créditos por cuantía inferior a una determinada, que se sitúa entre las decenas y cientos de millones según los casos. Y por otro lado, se permiten únicamente aquellos contratos de cesión cuyo contenido se ajuste a un concreto clausulado: al de un llamado «certificado» de transferencia o cesión, el modelo del cual se adjunta al propio acuerdo-marco.

Pues bien, en los modelos de «certificado» de los primeros créditos-subasta se incluía una cláusula en la que, tras advertir que el banco no respondía de la solvencia del deudor, se disponía que el banco conservaba frente al deudor la titularidad del crédito; que en la parte del crédito «cedida», dicha titularidad se entendería ostentada fiduciariamente por cuenta e interés del «cesionario», que asumía plenamente el correspondiente riesgo; y que el «cesionario» no tendría acción alguna para reclamar directamente al deudor el pago del crédito y sus intereses. A propósito de lo cual, se ha escrito (FERNANDEZ ARMESTO RDBB 1987 pp 385 s):

«En los primeros contratos de crédito-subasta, los prestatarios insistieron en que se negara contractualmente a los inversores el derecho a dirigirse directamente contra el acreditado, debiendo canalizar toda acción a través del banco, que actuaría como fiduciario suyo. Esta práctica, en mi opinión, es un contrasentido jurídico, ya que implica que se ceden unos derechos, pero no las acciones para exigir su cumplimiento. Esta solución, que sin duda favorece al acreditado, es sin embargo altamente peligrosa para los bancos, porque en la misma medida en que se están reduciendo los derechos del inversor, se está necesariamente incrementando la responsabilidad del banco.

»Un inversor que carezca de acción frente al acreditado, en el supuesto de que el deudor no pague, tendrá que dirigirse por fuerza contra el banco. Y en esta acción, el inversor alegará que al carecer de acción contra el acreditado, obligatoriamente tiene que existir una responsabilidad del banco, ya que en caso contrario se produciría una evidente indefensión. La cláusula de irresponsabilidad contenida en el certificado de cesión sería anulada con facilidad por el inversor alegando el art 10.1.c.6.º de la Ley de defensa de los consumidores, que prohíbe “las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor”.

»En resumidas cuentas, creo que si no hay acción del inversor frente al acreditado, el banco responde en todo caso. Mi opinión se ve reforzada por una reciente circular del Banco de España [Circular núm 2/1987, de 6 de febrero (nueva redacción de 27 de febrero de 1987), normas 1.6 y 2], que considera como depósitos bancarios, y obliga a constituir coeficientes de caja y de inversión, en aquellas cesiones de activos donde “no se ceda íntegramente (la deuda) con todos sus riesgos y derechos incluso de defensa legal”».

Estoy plenamente de acuerdo en que lo que se prefiguraba en aquellos

primeros modelos de «certificado» no era un contrato de cesión de crédito. Pero todas las restantes afirmaciones del autor citado me parecen completamente erróneas, y equivocado también el criterio de la mencionada Circular del Banco de España. A mi juicio, el contrato que se prefiguraba en los primeros modelos de «certificado» era uno de *préstamo aleatorio*. Así como en el tipo más conocido de esta categoría de préstamos, el préstamo a la gruesa, el evento aleatorio al que se subordina el reembolso de la suma prestada y el premio por ella convenido, es el del buen fin de la empresa marítima financiada/asegurada (o limitadamente al valor que obtengan en caso de siniestro los efectos sobre que esté hecho el préstamo, art 719 CCom), en el supuesto que ahora nos ocupa, el evento aleatorio al que se subordinaba el reembolso al inversor de la suma prestada más sus intereses —el nominal de la porción del crédito que decía «cederse» más una parte de sus intereses—, era el del buen fin del crédito financiado/asegurado titularidad del banco (o limitadamente a las sumas que consiguieran cobrarse, empleando al efecto una razonable diligencia). Hablar de «indefensión» del inversor me parece absurdo: igual de absurdo que sería afirmar que en el préstamo a la gruesa se produce indefensión del prestador porque no es él el titular ni quien controla la empresa marítima financiada/asegurada. Por supuesto, si el banco no hubiera actuado con la debida diligencia en el cobro del crédito financiado/asegurado por el inversor y a ello fuese imputable el mal fin del mismo, el inversor tendría derecho a exigirle igualmente la suma prestada más sus intereses (art 731 CCom por analogía). En fin, en el supuesto de insolvencia definitiva del deudor acreditado (sin que pueda reprocharse el banco negligencia alguna en la cobranza), el inversor tendría derecho, a modo de liquidación del negocio, a exigir al banco la cesión del crédito en cuestión (art 72.3.º en relación con el art 70 LCS, atendida la función aseguradora, junto a la de financiación, de los préstamos aleatorios).

Como era previsible, sin embargo, la Circular del Banco de España antes citada ha provocado una inmediata modificación en el clausulado de los modelos de «certificado»: en todos ellos se dice ahora que el cesionario adquiere la plena titularidad de la parte del crédito cedida con todos los riesgos y derechos inherentes a la misma, incluso el de defensa legal. Documentan ahora verdaderas cesiones de créditos.

El resto del clausulado de los mismos no presenta problemas de importancia. Se encomienda al banco en los más amplios términos, pero revocablemente, la gestión de cobranza del crédito cedido (añadiendo a veces, con desprecio absoluto hacia el ordenamiento, que el cesionario exime al banco de cualquier responsabilidad derivada de sus actuaciones al respecto). Y en ocasiones se establecen límites a la nueva cesión del crédito por parte del cesionario: consentimiento del banco, asunción por el nuevo cesionario de las obligaciones del anterior, exclusión de cesiones parciales. Como ya advertimos en su momento (*supra* 8.4), la infracción de tales límites no provocará la ineficacia de la nueva cesión, sino sólo el nacimiento a cargo del primer cesionario/cedente de una obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Dejando aparte las cesiones meramente obligatorias (*supra*, apartado III *in fine*), la sucesión en la posición jurídica acreedora se produce, como ya sabemos, en el instante en que se cruzan los consentimientos de cedente y cesionario. A partir de ese momento —también nos consta ya— sólo el cesionario, y ya no el cedente, estará legitima-

do para disponer del crédito en cuestión, y sólo los acreedores del cesionario, y ya no los del cedente, podrán actuar de forma válida sobre él; cuestión diferente es que, en la práctica, las cosas acaben sucediendo algunas veces como si así no fuera, a consecuencia de la tasa de medios de prueba de la cesión contra terceros establecida por el artículo 1.526 CC. A partir de aquel momento —conviene reiterarlo— sólo el cesionario, y ya no el cedente, podrá intimar y poner en mora al deudor o interrumpir con su reclamación la prescripción del crédito cedido. A partir de aquel momento, corresponderán al cesionario la totalidad de las acciones dirigidas a la conservación y a la realización del crédito cedido (por todos, PANUCCIO *Cessione* p 864; para las acciones de anulación, resolutorias y rescisorias, *supra* 8.1). También las que en su caso integren el *commodum representationis* [art 1.186 CC, SEETZEN AcP 169 (1969) pp 362 s, GERNHUBER FS Raiser pp 83 s, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 229 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* p 304].

La pretensión indemnizatoria de los daños derivados del incumplimiento del deudor, ya producidos con anterioridad a la cesión, seguirá correspondiendo al cedente, salvo que se pacte también su específica cesión; pero la de los daños posteriores, corresponderá al cesionario [SEETZEN AcP 169 (1969) pp 354, 364, GERNHUBER FS Raiser pp 85, 88, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 232, 236, 239, LARENZ SchuldR I § 34 I, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 3 b, DÖRNER *Dynamische Relativität* p 304, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a, § 401 Anm 3 b]. La cuantía de la indemnización debida al cesionario se calculará, también desde el instante mismo de celebración del contrato de cesión, con arreglo al interés de aquél en el cumplimiento, y ya no de acuerdo con el interés del cedente. Ello resultará indudable, cuando aquel interés sea menor que éste, cuando los daños efectivamente sufridos por el cesionario sean menores que los que hubiera sufrido el anterior acreedor, de no haberse realizado la cesión (*supra*, apartado VI *in fine*). Hay que afirmar que el principio será el mismo en el caso contrario, esto es, cuando los daños sufridos por el cesionario sean superiores a los que hipotéticamente habría sufrido el cedente. Pero haciendo notar de inmediato que, según el artículo 1.107 I CC «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación», y que según el artículo 1.103 CC «la responsabilidad que proceda de negligencia [...] podrá moderarse por los Tribunales según los casos». Preceptos de cuya aplicación cabe esperar que, como regla (de la que será lógica excepción el supuesto de cesión consentida por el deudor, aceptando al cesionario como nuevo acreedor), la cuantía de la indemnización por incumplimiento que el deudor *no doloso* habrá de pagar al cesionario, no será superior a la que habría tenido que pagar al acreedor originario, de no haberse realizado la cesión.

En la doctrina alemana, se ha sostenido en solitario que, dejando de lado el supuesto de la cesión en que haya participado el deudor cedido aceptando al nuevo acreedor, la indemnización que el deudor habrá de pagar al cesionario en caso de imposibilidad sobrevenida o mora imputables a aquél, no podrá ser nunca superior a la que habría tenido que pagar al cedente, de no haberse realizado la cesión: por considerarlo acorde con la justa valoración de los intereses en conflicto y con el argumento normativo que, de otra forma, la cesión de que se trate vulneraría el § 399 BGB, al suponer en el fondo un cambio de contenido del crédito cedido (PETERS JZ 1977 pp 120 ss). Otros han propuesto acudir a las normas de la cesión de créditos protectoras del deudor, a fin de sostener que la cuantía de los daños que el deudor cedido habrá de resarcir al cesionario en caso de incumplimiento no podrá ser mayor que la de los daños que hipotéticamente habría tenido que resarcir al cedente, *mientras que el deudor no tenga conocimiento de la cesión* [SEETZEN AcP 169 (1969) pp 357 ss, MDR 1970 p 811, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 71]. La doctrina dominante, sin embargo, ha combatido con eficaces argumentos los anteriores intentos de limitación de la responsabilidad contractual del deudor cedido, sosteniendo que la indemnización que tendrá que pagar al cesionario se calculará (por supuesto, con arreglo al interés de éste y) de acuerdo con las reglas generales; entre las que se encuentra, eso sí, el § 254 II 1 BGB (culpa concurrente del dañado), que cabría utilizar para reducir la cuantía indemnizatoria en aquellos casos en que el cesionario no hubiera puesto en conocimiento del deudor cedido que un incumplimiento por su parte podría ser fuente de daños anormalmente elevados [GERNHUBER FS Raiser pp 86 s, 88 nt 63, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 234 s, 239, LARENZ SchuldR I § 34 I nt 7, RÖDER JuS 1984 pp 619 s, MünchKomm-EMMERICH § 325 RdNr 24, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 258 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a; el recurso al § 254 II 1 BGB fue también defendido por SEETZEN AcP 169 (1969) p 358 para los supuestos de cesión ya conocida por el deudor cedido].

Si yo escribiera sobre el Derecho alemán, estaría sin duda de acuerdo con la opinión dominante entre los juristas alemanes sobre el tema que nos ocupa: porque estoy plenamente de acuerdo con ellos en que la cuantía indemnizatoria que el deudor cedido incumplidor habrá de pagar al cesionario tendrá que calcularse (por supuesto, con arreglo al interés de éste y) de acuerdo con las reglas generales, sin que las normas de la cesión de créditos protectoras del deudor —§§ 404, 406 ss BGB, arts 1.198, 1.527 CC español— tengan nada que ver con el asunto. Ocurre sólo que, entre aquellas reglas generales, ninguna hay en el Derecho alemán que establezca limitaciones de la responsabilidad contractual como las previstas en los artículos 1.107 I, 1.103 CC español. Que permiten sostener entre nosotros, para los deudores no dolosos, soluciones equivalentes a las defendidas en Alemania por la doctrina minoritaria.

XI. «La venta o cesión de un crédito —dispone el art 1.528 CC (*cfr* también art 149 III LH)— comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio». Es opinión unánime que no se trata de una norma imperativa, sino que admite pacto en contrario (MADRIDEJOS RDN 1961 p 397, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 805, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 656, NAVARRO *Cesión* p 56; en el mismo sentido, respecto del art 1.263 I

CC italiano, PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 31, 34 nt 50, *Cessione* p 862, PERLINGERI *Cessione* pp 147 s; y respecto del § 401 BGB, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 1).

11.1. Se transmiten junto al crédito los derechos reales de garantía, como la prenda, la hipoteca y la anticresis, salvo pacto en contrario: pacto que provocaría la extinción de los citados derechos, dado su carácter esencialmente accesorio (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 34 s nt 50, *Cessione* p 862; para el Derecho alemán, *cfr* §§ 1250 II, 1153 II BGB).

Para el supuesto de cesión de crédito garantizado con prenda, dispone el artículo 1.263 II CC italiano que el cedente no puede transferir al cesionario, sin el consentimiento del constituyente, la cosa recibida en prenda y que, en caso de disenso, la prenda continúa bajo la custodia del cedente. Norma que trata de justificarse con el argumento de que el constituyente puede haber estado inducido a entregar la cosa pignorada al acreedor originario por particulares motivos de confianza personal en él, que pueden no concurrir respecto del acreedor cesionario (PANUCCIO *Cessione volontaria* p 39 nt 50, FRANCESCHELLI *Appunti* pp 37 s, PERLINGERI *Cessione* pp 141 s). Por el contrario, el § 1251 BGB dispone que el nuevo acreedor prendario puede exigir al anterior la entrega de la prenda; que, con la adquisición de su posesión, aquél queda subrogado en las obligaciones de éste ligadas al derecho de prenda; y que, en caso de incumplimiento de dichas obligaciones, el anterior acreedor prendario (el cedente) también responderá de los daños causados, como si se tratase de un fiador que hubiera renunciado al beneficio de excusión (responsabilidad ésta que se excluye para las cesiones *ex lege* o en cumplimiento de un deber legal). Quienes entre nosotros se ha ocupado de este problema, han defendido una solución como la del Código italiano con apoyo en los artículos 1.870, 1.859 CC (GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 658, NAVARRO *Cesión* pp 58 s). A mi juicio, tales preceptos nada tienen que ver con el asunto. Tampoco las palabras «de común acuerdo» al final del art 1.863 constituyen un argumento poderoso, salvo en la hipótesis de que la constitución se hubiera realizado poniendo la prenda en posesión de un tercero (*cfr* art 582 CC portugués). Una solución como la del BGB resulta más lógica y consecuente con la mención de la prenda, sin matización alguna, en el artículo 1.528 CC, y puede ser defendida sin dificultades para nuestro Derecho con apoyo en el artículo 489 CC: «El usufructuario que enajenare [...] su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya»; precepto éste, por lo demás, cuya existencia misma revela la escasa fuerza de un argumento como el utilizado por los juristas italianos en defensa de su artículo 1.263 II CC. Cabrá, eso sí, que el constituyente pacte con el acreedor prendario que el derecho de prenda se extinguirá, si el crédito garantizado se cede sin

su consentimiento; o que pacte sin más con él la incredibilidad del crédito, si, como ocurrirá de ordinario, el constituyente es el propio deudor (MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 4).

Para el supuesto de cesión de crédito garantizado con anticresis, han de sostenerse iguales soluciones. El nuevo acreedor anticrético/cesionario podrá exigir al anterior/cedente la entrega de la finca dada en anticresis; con la adquisición de su posesión, aquél quedará subrogado en las obligaciones de éste conexas con el derecho de anticresis; pero el anterior acreedor anticrético/cedente será también responsable, caso de resultar incumplidas tales obligaciones por parte del nuevo acreedor/cesionario (TEDESCHI *Anticresi* p 664, FRAGALI *Anticresi* pp 101 s, frente a la opinión de los especialistas italianos en cesión de créditos, partidarios de la aplicación analógica del art 1.263 II CC: PANUCCIO *Cessione volontaria* p 40 nt 50, *Cessione* p 863, FRANCESCHELLI *Appunti* p 40, PERLINGERI *Cessione* p 144; véase también NAVARRO *Cesión* pp 60 s). El constituyente podrá pactar con el acreedor anticrético que el derecho de anticresis se extinguirá, si el crédito garantizado se cede sin su consentimiento; o pactar sin más con él la incredibilidad del crédito, si se trata del propio deudor.

Los especialistas italianos en cesión de créditos defienden también la aplicación analógica del artículo 1.263 II CC en materia de derecho de retención, no poniendo en duda que este derecho se transfiera con el crédito al cesionario (PANUCCIO *Cessione volontaria* p 40 nt 50, *Cessione* p 863, FRANCESCHELLI *Appunti* pp 34, 40, PERLINGERI *Cessione* p 144). Pero la premisa es extraordinariamente discutible: la doctrina alemana dominante niega dicha transferencia, al menos respecto del derecho de retención previsto en el § 273 BGB (MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 3 b; en Anm 2 aa, se admite para el derecho de retención del § 369 HGB). También la española (GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 658 nt 11; propone una extraña distinción NAVARRO *Cesión* p 64). Postura ésta que ya defendiera VON TUHR *Tratado* p 307, a la que me sumo por parecerme poco sensato afirmar que el legitimado para retener, no titular de derecho real alguno, lo está para transmitir la posesión de lo retenido al sujeto al que haya cedido el crédito fuente del derecho de retención; derecho éste que, cabalmente, agota en la posesión su contenido.

Clara me parece, por el contrario, la transferencia con el crédito de la caución (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 40 s nt 50, *Cessione* p 863, FRANCESCHELLI *Appunti* p 42, PERLINGERI *Cessione* p 130). También la de la pretensión derivada de la promesa de constituir prenda o hipoteca (art 1.862 CC) y la del reforzamiento del crédito que conlleva una anotación preventiva (SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 3 a-d, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 2 aa).

11.2. La natural transmisión con el crédito garantizado de la fian-

za, puede ser también excluida mediante pacto, que conlleve la liberación del fiador. Indudable me parece que no cabe transmitir el derecho contra el fiador con independencia del crédito afianzado. Pero no parece insensato admitir la posibilidad de que el cedente que haya garantizado el buen fin del crédito cedido se reserve la facultad de exigir el fiador el pago del crédito al cesionario, caso de no hacerlo el deudor cedido (LARENZ SchuldR I § 34 I nt 5; también SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 2 g, que, sin embargo, como MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 6, PALANDT-HEINRICHS § 401 2 a, se manifiesta contrario a la última afirmación, que ya sostuviera VON TUHR *Tratado* p 307; en la doctrina italiana, *cfr* PERLINGERI *Cessione* p 136).

En materia de transmisión junto al crédito cedido, han de equipararse a la fianza, el aval y el mandato de crédito, tras el cumplimiento del mismo por el mandatario (PANUCCIO *Cessione* p 37 nt 50, FRANCESCHELLI *Appunti* p 41, PERLINGERI *Cessione* p 135). También la asunción cumulativa de deuda (SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 3 b, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 2 aa) y, a mi juicio, convencido como estoy de la estructura de la «mútua fianza» de la obligación solidaria en nuestro Derecho (*cfr* art 1.148 CC), la garantía que supone el vínculo de solidaridad pasiva (para el Derecho alemán, en cambio, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 3 c, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 44, § 401 RdNr 7).

No beneficiará al cesionario, por el contrario, salvo que así se pacte específicamente, la garantía del buen fin del crédito cedido que el cedente hubiera obtenido de su causante, o hubiera, por ejemplo, convenido con su comisionista (*star del credere*, art 272 CCom) (VON TUHR *Tratado* p 308, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 5 d, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, 11, STAUDINGER-KÖHLER § 439 Rz 12, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 3 a). Respecto del seguro del crédito cedido, parece que habrá de aplicarse el artículo 34 LCS.

11.3. Por lo que a los privilegios respecta, sigue repitiendo nuestra doctrina una observación de García Goyena en el sentido de que se transmiten con el crédito los privilegios que se basan en la naturaleza del crédito o fuente de la que nace, y no los concedidos en mérito a la consideración o cualidades personales del cedente (GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 658, NAVARRO *Cesión* p 63); pero, como es lógico, nadie puede ofrecer hoy un ejemplo de esto último (*cfr* SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 II nt 47). La transferencia puede también ser excluida convencionalmente, pero con la inevitable consecuencia de la extinción del privilegio de que se trate (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 35 s nt 50, *Cessione* p 863, FRANCESCHELLI *Appunti* p 37, PERLINGERI *Cessione* pp 133 s, NAVARRO *Cesión* p 64).

11.4. Si se transmiten o no al cesionario las pretensiones de intereses del crédito cedido, es problema de interpretación de la voluntad de las partes. En la duda, habrá que contestar que sí las de los intereses todavía no vencidos en el momento de la cesión, y no las de los intereses ya vencidos (art 1.263 III CC italiano, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 5 c, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 8, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 3 b, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 301; por la atribución al cesionario también de los intereses vencidos, salvo pacto en contrario, art 170 III CO suizo, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 805, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 657 nt 9).

En cuanto a las cláusulas penales, las respuestas han de ser paralelas a las ofrecidas más atrás para las pretensiones indemnizatorias de los daños derivados de incumplimiento: salvo pacto en contrario, seguirá correspondiendo al cedente la pretensión para exigir la pena convencional en que ya haya incurrido el deudor en el momento de la cesión; en lo demás, la cláusula penal beneficiará al cesionario [VON TUHR *Tratado* p 309, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 5 b, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 3 b. En favor de la transferencia al cesionario sin más precisiones FRANCESCHELLI *Appunti* p 41, PERLINGERI *Cessione* p 131 s, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 658, NAVARRO *Cesión* pp 62 s; *contra* PANUCCIO *Cessione volontaria* p 41 nt 50, *Cessione* p 863].

El cesionario podrá hacer valer una cláusula compromisoria relativa al crédito cedido, pactada entre el cedente y el deudor; también un *pactum de foro prorogando*, al menos si dicho pacto hubiera sido igualmente válido, de haberlo pactado el cesionario con el deudor (VON TUHR *Tratado* p 310, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 9, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a).

Por el contrato de cesión del crédito al precio de la venta, no se transmite al cesionario el dominio de la cosa, que el cedente se hubiera reservado como «garantía» del cobro; pero el cedente queda obligado a transmitírsele al cesionario en virtud de dicho contrato (SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 5 e, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 5 a; también MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 10).

XII. Es preciso completar ahora el análisis de la relación cedente-cesionario, con el estudio de los deberes accesorios del primero y de las llamadas garantías de la *veritas nominis* y de la *bonitas nominis*.

12.1. Del artículo 1.258 CC —[...] sino también a todas las consecuencias, que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe [...]— se deduce sin duda que el cedente debe abstenerse de llevar a cabo cualquier conducta que pueda perjudicar el derecho del cesionario —en especial, cobrar el crédito y realizar aquellos actos y negocios a los que, según señalábamos en el apartado IV, puede ser

aplicado por analogía el art 1527 CC— y colaborar en la medida de sus posibilidades con el cesionario en la realización del crédito cedido (por todos, SCHEYHING *Sukzessionen* § 2 I·2 nt 7, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 17, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 317 nt 100, 325). Lo que se concreta, por ejemplo, en el deber de proporcionar el cesionario toda la información necesaria para hacer valer el crédito y de entregarle todos los documentos probatorios del crédito que se encuentren en su poder, o copias auténticas de los mismos, caso de continuar precisando los originales, por ejemplo, por tratarse de un cesión parcial (§ 402 BGB, art 1.262 CC italiano, RIEG *Cession* nn 368 ss; entre nosotros, es tan frecuente como erróneo calificar los documentos probatorios del crédito de «accesorios» a los efectos del art 1.528 CC: GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 658, NAVARRO *Cesión* p 66 y en Italia PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 42 s; véase en cambio DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 806). En fin, como he reiterado ya a lo largo del presente trabajo, de la combinación de los artículos 1.526 I, 1.528 CC se deduce el deber del cesionario de otorgar, a petición del cesionario, al menos un documento privado en el que conste el contrato de cesión.

12.2. Dice el primer párrafo del artículo 1.529 CC que «el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso». Y el artículo 348 CCom, que «el cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión».

Dichos preceptos son aplicables a las ventas y demás transmisiones voluntarias de créditos a título oneroso, incluidas las cesiones *pro soluto*. No a las cesiones *pro solvendo*, porque al cesionario siempre le queda el recurso a la obligación primitiva, caso de no poder realizar el crédito cedido (art 1.170 II CC, *supra* 2.3; ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I p 379, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 5). Tampoco a las cesiones al título gratuito o donaciones de créditos, salvo que se trate de una donación modal y hasta la concurrencia del gravamen (art 638 CC, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 807, NAVARRO *Cesión* p 191, con la sorprendente idea de que el donante también responde en caso de dolo).

La letra de nuestros artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 prop 1.^a CCom no permite la menor duda sobre el hecho de que la garantía que nos ocupa abarca tanto la existencia objetiva del crédito, como la titularidad y poder de disposición del cedente (así también, respecto del art 1.266 CC italiano, PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 128 ss, 146 ss; respecto al art 1.693 CC francés, RIEG *Cession* nn 381 ss; y respecto del § 437 BGB, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 6).

En la doctrina italiana, alguno niega que el art 1.266 CC sea aplicable a los supuestos de objetiva inexistencia del crédito, a los que propone aplicar la disciplina de la nulidad por falta de objeto (PERLINGERI, *Cessione*

pp 263 ss, 269 s, PANZARINI *Sconto* pp 284 ss nt 400), muchos niegan que lo sea a la cesión de crédito ajeno, proponiendo la aplicación de las reglas relativas a la compraventa de cosa ajena (FRANCESCHELLI *Appunti* pp 63 ss, CICALA *Cessione del contratto* pp 159 s nt 73, ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 368 ss, MANCINI *Cessione* p 394; nótese que el art 1.266 menciona sólo «*l'esistenza del credito*»). Y alguno parece negar ambas cosas (CARRARO *Riv dir civ* 1957 I pp 123 s).

Naturalmente, afirmar que nuestros artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 prop 1.^a CCom incluyen los supuestos de inexistencia objetiva del crédito, exige ofrecer alguna explicación del por qué el legislador haya decidido en este caso escapar del lógico molde de la nulidad por falta de objeto y adoptar el régimen estudiado, más favorable al cesionario, en cuanto no limitado a una indemnización del interés negativo. Explicación que se consigue haciendo observar que el comprador de un crédito tiene muchas menores posibilidades de comprobar la efectiva existencia de lo que va a adquirir que el comprador de una cosa corporal, por lo que debe depositar su confianza en mayor medida en la tácita afirmación de que el crédito existe deducible del consentimiento contractual del cedente: requiriendo, por tanto, del legislador una mayor protección, en cuanto especialmente expuesto a engaños de la contraparte (sobre esto y en general sobre la naturaleza de la responsabilidad que nos ocupa, ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 340 ss; véase también STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 2, 13).

En la doctrina española los temas están tremendamente confusos, en parte por la influencia italiana, pero sobre todo porque se parte de la equivocada premisa de que el artículo 1.529 II CC y su «sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1.º del artículo 1.518» (interés negativo), es también aplicable a la garantía de la *veritas nominis*: DIEZ PICAZO *Fundamentos* I pp 806, 807, GARCIA CANTEIRO *Comentarios* XIX pp 663 nt 13, 664, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 302, NAVARRO *Cesión* pp 177 ss, 182 ss, 187 ss.

Responderá, pues, el cedente de la inexistencia del crédito en el momento de la cesión, bien porque no haya existido nunca —simulación (pero salvo que, pese a todo, el cesionario adquiera el crédito: apartado VII, § 405 BGB), nulidad o anulabilidad (*infra* 13.1.a) del negocio en cuestión—, bien porque haya dejado de existir —por pago, condonación, compensación ya opuesta o declarada entre deudor y cedente, novación, transacción, etc.; por cumplimiento de la condición resolutoria o término final a que estaba sometido; por rescisión, redhibición o resolución del contrato fuente del crédito— siempre antes del momento de la cesión. También si en ese momento estaba ya fundada una excepción perentoria como la prescripción. Pero también si el crédito se extingue en un momento posterior, cuando el mecanismo extintivo tenga un origen anterior a la cesión: compen-

sación opuesta al cesionario por el cedido de un crédito contra el cedente anterior a la cesión (art 1.198 II, III prop 1.^a); cumplimiento posterior a la cesión de la condición resolutoria o término final a que el crédito, cedido como puro, nació sometido; rescisión, redhibición o resolución, posterior a la cesión, del contrato fuente del crédito, haya surgido o se haya completado la causa corespondiente antes o después de la cesión (ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 364 ss, RIEG *Cession* nn 381 ss, 398, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 6, 12; contra la inclusión de la anulabilidad o impugnación en general del negocio fuente del crédito cedido con posterioridad a la cesión, PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 160 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 272 s).

Salvo lo que acabamos de decir, la garantía estudiada no cubre, por el contrario, la extinción o perjuicio del crédito cedido provocados por hechos o negocios posteriores a la cesión: por ejemplo, el crédito prescribe, aun sin culpa del cesionario, a no ser, quizás, que la prescripción se haya producido casi inmediatamente después de la cesión (ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I p 371, RIEG *Cession* n 400, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* pp 663 s, NAVARRO *Cesión* p 184). ¿Y si se extingue por alguno de los hechos o negocios imputables al cedente, que suscitan la aplicación directa o analógica del artículo 1.527 CC? Según algunos sí (PANUCCIO *Cessione* p 279, RIEG *Cession* n 394). Yo creo, por el contrario, que serán casos de responsabilidad contractual ordinaria, por violación por parte del cedente de su deber de omitir cualquier conducta perjudicial para el derecho del cesionario (así, ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 271 s); aparte, en su caso, la pretensión restitutoria de éste contra aquél. En los supuestos en que el crédito se extinga por oponer el cedido al cesionario en compensación un crédito contra el cedente posterior a la cesión (art 1.198 III prop 2.^a CC), el cesionario dispondrá frente al cedente de una pretensión de reembolso por la suma compensada (art 1.158 CC por analogía).

Responderá también el cedente en virtud de los artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 prop 1.^a CCom, si vende como propio un crédito ajeno, a no ser que, excepcionalmente, el cesionario adquiera el crédito a *non domino* (*supra*, apartado VII). También cuando, pese a ceder un crédito propio, lo haga en violación de un *pactum de non cedendo* (STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 4; el supuesto es imposible en Italia, a la luz de lo que dispone el art 1.260 II CC, por ser la buena fe del adquirente requisito necesario para el juego de la garantía: ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I p 367). De nuevo con la excepción de que, pese a ello, el cesionario adquiera el crédito (*supra*, subapartado 8.4). Si la cesión ha sido contraria a una prohibición legal, estaremos como regla fuera del ámbito de los preceptos estudiados y ante una cesión nula de pleno derecho, por no concurrir la especialmente protegible confianza del cesionario que constituye el

fundamento de aquéllos; salvo que se trate de una prohibición exclusivamente ligada a la posición del cedente y no conocida por el cesionario en el momento de adquirir el crédito (ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I p 368, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 4).

La aplicación de los artículos que nos ocupan requiere la buena fe del cesionario: si éste conocía (no si sólo podía conocer) en el momento de la cesión la inexistencia o ilegitimidad del crédito, el contrato será nulo (salvo que se haya adquirido el crédito como futuro; sobre esta hipótesis ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 359 s, PERLINGERI *Cessione* p 270 nt 4, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 3, 12, cuya opinión comparto), sin que existan razones para afirmar la responsabilidad precontractual de aquél (ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 361 s, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 16).

Opina unánimemente nuestra doctrina que las consecuencias jurídicas de la responsabilidad estudiada son las previstas en los párrafos segundo y tercero del artículo 1.529 CC. A mi juicio, esto es completamente erróneo. Las consecuencias jurídicas hay que ir a buscarlas al mismo lugar donde las buscan los juristas franceses (por todos RIEG *Cession* nn 405 ss) e italianos (por todos PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 155 ss, *Cessione* p 871, PERLINGERI *Cessione* pp 277 s): a la disciplina de la evicción y en concreto, en nuestro Derecho, al artículo 1.478 CC.

Las cosas estarían muy claras, si el artículo 1.529 II hubiera seguido literalmente a sus modelos (art 1.460 II Proyecto 1851, art 1.556 II Anteproyecto 1882-1888) y hubiera comenzado diciendo: «Aun en estos dos casos [...]» Pero aun tras la supresión del numeral —probablemente para evitar que se pudiera pensar que los dos casos eran los de insolvencia anterior e insolvencia pública—, la referencia no puede sino seguirse entendiéndola hecha a los dos supuestos de garantía de la *bonitas nominis*. Porque sólo respecto de ellos, en cuanto excepciones que son a la regla general contraria («pero no de la solvencia», art 1.529 I), tiene buen sentido comenzar diciendo «aun en estos casos».

La limitación de responsabilidad contenida en el artículo 1.529 II tiene su antecedente en el artículo 1.694 CC francés —así nos lo enseña García Goyena en su glosa al art 1.460 del Proyecto isabelino—, precepto exclusivamente relativo a la responsabilidad por la insolvencia del cedido. Se trata de un límite de *Derecho imperativo* («sólo responderá») con finalidad —como el art 1.535 CC— de represión de la usura: a fin de impedir a los usureros la adquisición de créditos incobrables, asegurándose un recurso integral contra el cedente (RIEG *Cession* n 477, WEILL-TERRE *Obligations* p 951). Un límite imperativo así tiene, pues, buen sentido en el campo de la garantía de la *bonitas nominis* (cfr también art 1.267 I CC italiano); pero no tiene ninguno, en el de la responsabilidad por la inexistencia o ilegitimidad del crédito cedido. ¿Qué razón podría haber para negar a cedente

y cesionario la posibilidad de pactar que, caso de no lograr hacerle adquirir el crédito vendido, aquél se compromete a abonar a éste su valor nominal, aunque el precio de venta hubiera sido inferior? Por no preguntarnos qué razón podría haber para tratar mejor al vendedor de una cosa ajena, que al vendedor de un crédito ajeno.

No es de extrañar que GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 667 nt 27 haya optado por negar el carácter imperativo del artículo 1.529 II, pese a su rotundo tenor literal y sus claros antecedentes; y tiene gracia que utilice como argumento el artículo 1.475 III CC. NAVARRO *Cesión* pp 183 s, 208 ss, admite el carácter imperativo a regañadientes.

En consecuencia, en el supuesto de los artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 CCom, el cesionario tendrá derecho a exigir al cedente (*cfr* art 1.478 CC): *a*) La restitución del precio del crédito (igual, salvo prueba en contrario, a su valor nominal), bien en el momento de la cesión, bien en el de su posterior extinción, ya sea mayor o menor que el de la venta. *b*) Los intereses o rendimientos, si el cesionario ha tenido que restituírselos al verdadero acreedor. *c*) Las costas de los pleitos que, en su caso, haya debido sostener con el verdadero acreedor y con el cedente. *d*) Los gastos del contrato, si los hubiese pagado él. *e*) Los daños e intereses y los gastos voluntarios, si el cedente lo fue de mala fe. Naturalmente, salvo pacto en contrario.

En el momento de concluir el contrato de cesión, aunque siempre con el límite insoslayable de la responsabilidad por dolo (arts 1.476, 1.102 CC), cedente y cesionario pueden excluir la responsabilidad que nos viene ocupando (también disminuirla o aumentarla, art 1.475 III CC). La exclusión será plena respecto del cedente de buena fe si, como nos dice el propio artículo 1.529 I, el crédito se ha vendido como dudoso. Lo que habrá que poner en relación con lo dispuesto en el artículo 1.477 CC y afirmar que, para que dicha plena exclusión de responsabilidad tenga lugar, el cesionario debe haber actuado con conocimiento de los riesgos de inexistencia o ilegitimidad del crédito y sometiéndose a sus consecuencias. Y que en caso de simple renuncia por su parte a la garantía legal estudiada, la responsabilidad del cedente se limitará a la entrega del precio del crédito, bien en el momento de la cesión, bien en el de su extinción posterior (*cfr* sobre estos temas PERLINGERI *Cessione* p 278 s, RIEG *Cession* nn 417 ss, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 17, NAVARRO *Cesión* pp 187 ss).

He dejado conscientemente para el final la cuestión más difícil de responder: si los artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 prop 1.^a CCom sean también aplicables para garantizar, no estrictamente la existencia del crédito, sino su extensión, contenido y existencia de derechos accesorios, con arreglo a lo previsto o a lo que razonablemente podía preverse en el momento de la cesión. De acuerdo con la doctrina dominante en Francia y Alemania (RIEG *Cession* nn 388 ss,

STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 7, 8), aunque contra la italiana (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 164 s, PERLINGERI *Cessione* p 213, ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 372 ss), me inclino por la respuesta afirmativa. Las consecuencias jurídicas en estos casos serán las previstas para la evicción parcial (art 1.479 CC).

12.3. Salvo pacto en contrario, no responde el cedente de buena fe de la solvencia del deudor cedido —nos dicen los artículos 1.529 I prop 2.^a CC, 348 prop 2.^a CCom. Pero el primer texto legal añade otra excepción, ciertamente desafortunada: salvo que la insolvencia sea anterior y pública. De todas las importantes cuestiones que la cesión de créditos suscita, es a desentrañar el significado de este extraño añadido de García Goyena (que lo acarreó desde la delegación, *cfr* art 1.206 *in fine* CC) al que nuestra mejor doctrina, por desgracia, ha dedicado con mucho la mayor parte de su atención. Como el profesor GIL RODRIGUEZ acaba de escribir una monografía sobre el tema (su «escrito de habilitación» *Fundamento y alcance de la garantía por bonitas nominis en el artículo 1.529 del Código Civil*) en la que se analizan y critican exhaustivamente todas las posturas sostenidas hasta hoy, y como se me informa que pronto será publicada, me limitaré a remitirme a ella, pues comparto además plenamente las conclusiones de su autor.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 1.529 establecen las consecuencias de la responsabilidad analizada. Recuérdese que las previstas para el cedente de buena fe —devolución del precio recibido y reembolso de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta— no pueden ser agravadas por pacto.

El grave problema interpretativo que frecuentemente plantean las cláusulas de garantía de la *bonitas nominis* sobre la extensión temporal de la responsabilidad del cedente, ha sido afrontado por nuestro legislador con la norma de Derecho dispositivo del artículo 1.530 CC:

«Cuando el cedente de buena fe se hubiese hecho responsable de la solvencia del deudor, y los contratantes no hubieran estipulado nada sobre la duración de la responsabilidad, durará ésta sólo un año, contando desde la cesión del crédito, si estaba ya vencido el plazo.

»Si el crédito fuere pagadero en término o plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesará un año después del vencimiento.

»Si el crédito consistiere en una renta perpetua, la responsabilidad se extinguirá a los diez años, contados desde la fecha de la cesión».

La norma no plantea problemas de exégesis dignos de insistencia (*cfr* GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* pp 668 ss, NAVARRO *Cesión* pp 210 ss). Sí convendrá añadir que, al igual que expresamente prevé el artículo 1.267 II CC italiano, la garantía cesa, si la no realización del crédito por insolvencia del deudor se debe a la negligencia del cesionario en iniciar o proseguir las instancias oportunas contra aquél; bien que, en principio, no haya de considerarse negligente entre nosotros al cesionario que aguarda al menos un año antes

de perseguir judicialmente al cedido. Que el cesionario puede ahorrarse dicha persecución judicial, cuando el deudor sea ya notoriamente insolvente; y debe ahorrársela, ya que de otro modo cargará con las costas y gastos (que en los casos normales podrá reclamar al cedente, a falta de precepto que específicamente lo prevea, con base en las normas sobre gestión de negocios ajenos). Y que, pese a que la garantía de la *bonitas nominis* no ha sido construida como una fianza por nuestro legislador, sino como una auténtica resolución del contrato de cesión, cabrá aplicar por analogía los artículos 1.851, 1.852 CC y afirmar que «la prórroga concedida al deudor por el cesionario sin el consentimiento del cedente hace cesar la responsabilidad de éste por la insolvencia del primero», y que «el cedente quedará libre de su responsabilidad siempre que por algún hecho del cesionario se hayan perdido las garantías y privilegios del crédito cedido» (aunque por lo que respecta al art 1.852 CC, *cfr* subapartado 2.3 *in fine*).

XIII. Procede analizar, en fin, la relación cesionario-deudor cedido, o más concretamente, afrontar el problema de cuáles son las excepciones (en sentido amplio: defensiones impeditivas o extintivas; excepciones en sentido estricto, dilatorias o perentorias, materiales o procesales; derechos potestativos cancelatorios) que el deudor podrá oponer al cesionario.

13.1. A propósito del contrato de cesión del crédito hipotecario, dispone el artículo 149 II LH: «El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo». Se trata, evidentemente, de una norma generalizable a toda cesión de crédito, concreción de los principios *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat* y *res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet*: el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho que el suyo y el deudor no puede resultar perjudicado por el contrato de cesión, que no requiere para su validez y eficacia el consentimiento de aquél. De lo que se deduce lo siguiente:

a) El cedido podrá oponer al cesionario que el crédito no llegó nunca a nacer en la persona del cedente, por ejemplo, porque el negocio en cuestión fue simulado (aunque con la excepción indicada en el apartado VII, tomada del § 405 BGB; *cfr* también RIEG *Cesión* nn 570 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p. 950 nt 20), nulo por ilicitud de la causa, o anulable por incapacidad del cedido, o por error, dolo, intimidación, etc., sufridos por él.

Aunque no es tema que pueda profundizarse aquí, debo manifestar mi convicción de que, en nuestro Derecho, los negocios llamados «anulables» son, en parte válidos y eficaces mientras no sean anulados —para crear obligaciones a cargo de la contraparte de quien sufrió el vicio— y en parte nulos e ineficaces mientras no se sean confirmados: no nace de ellos obligación alguna a cargo de quien sufrió el vicio, ni, correlativamente, dere-

cho de crédito alguno en favor de la contraparte. Sólo así se explica, por un lado, que la parte que no sufrió el vicio pueda incurrir en mora, si no cumple tras la intimación al efecto de quien lo sufrió (aunque dicha intimación no suponga confirmación tácita por haberse hecho sin conocimiento de la causa de nulidad, o no habiendo ésta cesado, art 1.311 CC) y que, si cumple, no realice un pago de lo indebido. Y por otro lado, que el legislador haya considerado necesario dotar a la confirmación de eficacia retroactiva (art 1.313 CC) y que la excepción de anulabilidad sea perpetua. Lo que, según el art 1.301 I CC, dura cuatro años es la acción de restitución de lo indebidamente pagado por quien sufrió el vicio, cuya extinción hace desaparecer cualquier interés de éste en que se declare judicialmente la «anulabilidad» del negocio.

Así las cosas, no se plantea entre nosotros a este respecto un difícil problema que han tenido que afrontar los juristas alemanes, habida cuenta de que nuestros casos de «anulabilidad» por error, dolo o intimación son, en el Derecho alemán, supuestos en los que el afectado por tales vicios deviene titular de un derecho potestativo de impugnación (§§ 119 s, 123 BGB), hasta el momento de cuyo ejercicio, que lo anula con efectos retroactivos (§ 142 BGB), el negocio es plenamente válido y eficaz. ¿Frente a quién deberá o podrá hacerse la declaración de impugnación, caso de haber cedido su crédito la parte que no sufrió el vicio? La respuesta de la doctrina dominante es ésta: la declaración de impugnación sólo podrá hacerse eficazmente frente al cedente, que es quien fue parte del negocio impugnabile; pero, caso de resultarle transitoriamente imposible hacerlo así en la práctica, el cedido podrá oponer a la reclamación del cesionario una excepción dilatoria fundada en la existencia del derecho potestativo de impugnación, análoga a la prevista para el fiador en el § 770 BGB [NEUMANN-DUESBERG FS Nipperdey I pp 659 ss, NJW 1971 pp 271 s, LARENZ SchuldR I § 34 IV nt 41, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 4 a, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 6, PALANDT-HEINRICH § 404 Anm 3 a. Niegan, por el contrario, que pueda admitirse una tal *aufschiebende Einrede*, convincentemente a mi juicio, PICK 1972 (1972) pp 50 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 232 s, KÖHLER JZ 1986 pp 517 s]. Un sector doctrinal minoritario ha abogado por la solución de que el deudor cedido pueda elegir libremente entre dirigir al cedente la declaración de impugnación, o dirigírsela al cesionario (NEUMANN-DUESBERG NJW 1971 p 272, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II 5 a, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 246 ss; duda MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 6; *contra* KÖHLER JZ 1986 pp 516 s, a mi juicio con razón). Recientemente se ha sostenido la postura que sigue: la declaración de impugnación sólo podrá hacerse de manera eficaz frente al cedente; pero si, antes de la reclamación del cesionario, el deudor cedido hizo todo cuanto razonablemente estaba en su mano para que aquella declaración llegase al cedente (p.e., lo que dispone el § 132 II BGB), podrá oponer al cesionario con éxito que está ejercitando su derecho contra las exigencias de la buena fe, ya que *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*. Solución ésta que defiende al deudor cedido de manera suficiente, eliminando el privilegio que para él conlleva la que propone la doctrina dominante: poder denegar por el momento la prestación que debe, conservando la contraprestación y pudiendo especular todavía sobre si hará o no, efectivamente, uso del derecho de impugnación (KÖHLER JZ 1986 pp 517 s).

La última de las soluciones es la que yo defendería para los casos en que un problema análogo puede suscitarse en nuestro Derecho: resolución, retracto convencional. La rescisión por lesión y el saneamiento por vicios

tampoco están contruidos en nuestro ordenamiento como derechos potestativos o facultades de configuración jurídica del perjudicado, sino como pretensiones/excepciones del mismo.

b) El cedido podrá oponer al cesionario que, con anterioridad al contrato de cesión, el crédito había quedado ya extinguido por pago, consignación, dación o cesión *pro soluto*, condonación, compensación ya opuesta o declarada entre deudor y acreedor originario, novación, transacción, etc.

Podrá oponerle también que, antes o después de la celebración del contrato de cesión, el crédito quedó extinguido por cumplimiento de la condición resolutoria o término final a que nació sometido. Así como la rescisión, redhibición o resolución del contrato fuente del crédito: anterior o posterior a la cesión y haya surgido o se haya completado la causa correspondiente antes o después de aquélla.

c) El cedido podrá oponer al cesionario que, con anterioridad al contrato de cesión, el crédito había prescrito, o que él había convenido con el acreedor originario una prórroga o aplazamiento, o un *pactum de non petendo*. También la prescripción que, habiendo comenzado antes, sólo se haya consumado tras la celebración del contrato de cesión. Si el comienzo de la prescripción del crédito de que se trate está subordinado al conocimiento por el acreedor de una determinada circunstancia (*cfr* art 1.968.2.º CC), el cesionario habrá de tolerar que se haga valer en su contra el conocimiento del cedente anterior a la cesión.

Podrá oponerle también la *exceptio non adimpleti contractus*, así como las excepciones previstas en los artículos 1.467 y 1.502 CC, con independencia de que el supuesto de hecho de la excepción de que se trate se haya realizado o completado antes o después de la celebración del contrato de cesión. También las excepciones de rescisión/redhibición o *quanti minoris* por defectos de cabida o calidad del inmueble vendido o vicios ocultos de la cosa vendida, caso de haberse cedido el crédito al precio de la compraventa, y se haya entregado la cosa de que se trate antes o después de la cesión.

d) El cedido podrá oponer al cesionario las excepciones procesales derivadas, bien de un convenio de dación o cesión de crédito *pro solvendo* (*supra* 2.3), bien de una cláusula compromisoria o de un *pactum de foro prorogando* válido, que hubiera convenido con el acreedor originario con anterioridad al contrato de cesión. También la cosa juzgada intervenida en un litigio anterior a la cesión (art 1.252 III CC).

Sobre todo lo anterior, PICK 172 (1972) pp 42 ss, KORNBLUM BB 1981 pp 1.297 ss, LARENZ SchuldR I § 34 IV, BÜLOW JA 1983 pp 7 ss, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 5 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 229 ss, PALANDT-HEINRICHS § 404 Anm 2, 3; pero ya perfectamente VON TUHR *Tratado* pp 316 ss.

Puede consultarse además PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 56 ss, *Cessione* pp 866 s, FRANCESCHELLI *Appunti* pp 42 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 215 ss, DOLMETTA-PORTALE BBT 1985 I pp 273 s; AYNES *Cession de contrat* pp 38 ss, RIEG *Cession* nn 545 ss; entre nosotros, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I pp 809 s, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX pp 654 s, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 301, NAVARRO *Cesión* pp 283 ss.

13.2. El segundo grupo de excepciones que el deudor cedido podrá oponer al cesionario son las que resulten de la aplicación, directa o analógica, del artículo 1.527 CC (*supra*, apartado IV).

El cesionario habrá de pasar porque el deudor cedido le oponga el pago hecho al cedente (o la consignación por su cuenta) antes de tener conocimiento de la cesión. También la dación o cesión *pro soluto*, la dación o cesión *pro solvendo*, la cesión de bienes en pago, la condonación, la novación, la prórroga o aplazamiento, el *pactum de non petendo*, la transacción, el compromiso, etc. relativos al crédito cedido, celebrados por el deudor y el cedente entre el momento de la cesión y el del conocimiento de la misma por aquél. También la compensación ya opuesta o declarada entre cedente y deudor cedido entre uno y otro momento. También, en fin, la cosa juzgada intervenida en un litigio posterior a la cesión entre cedente y cedido, a no ser que éste hubiera conocido la cesión antes de la contestación a la demanda (*cfr* § 407 II BGB).

13.3 Pasemos ahora al análisis del artículo 1.198 CC, o mejor, de sus párrafos segundo y tercero, dejando para más adelante el supuesto de la cesión consentida por el deudor.

a) El deudor cedido (no consentidor de la cesión) podrá oponer al cesionario una situación de compensación que existiera entre aquél y el cedente antes de la cesión (art 1.198 II, III prop 1.ª). La justificación de esta regla se encuentra en las ideas ya indicadas en 13.1: el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho que el suyo —principio a quien recurrirá sin más un partidario del efecto automático *ex lege* de la compensación—, y el cedido no puede resultar perjudicado por un negocio en el que no ha participado.

b) El deudor cedido podrá oponer al cesionario una situación *putativa* de compensación entre aquél y el cedente, esto es, una situación de compensación que habría existido efectivamente entre cedente y deudor cedido, de no haber sido eficaz la cesión hasta el momento en que este último tuvo conocimiento de ella: artículo 1.198 III prop 2.ª, en la forma en que, a mi juicio, debe ser interpretado [los créditos «posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión» son, en el sentido de la ley, créditos *objetivamente compensables* con el crédito cedido; lo mismo que los «créditos anteriores a ella», con relación a lo que acabamos de escribir en 13.3.a)].

Lo importante es que el contracrédito del deudor haya llegado a ser objetivamente compensable con el crédito cedido antes de que

aquél haya tenido conocimiento de la cesión. Es indiferente que haya nacido y/o vencido y/o devenido líquido y exigible con posterioridad al vencimiento, liquidez y exigibilidad del crédito cedido. No importa, dicho de otra manera, que en el momento de celebración del negocio jurídico fuente del contracrédito, el deudor no pudiera razonablemente confiar en que la situación de compensación se produciría (no puede razonablemente confiarse en que el propio incumplimiento será soportado pacientemente por nuestro acreedor). Basta con que, en algún momento, el deudor haya podido creer de buena fe que se ha producido una situación de compensación entre él y su originario acreedor y que, consiguientemente, ya no tendrá que preocuparse del pago de su deuda o del cobro de su crédito.

Así ocurre también en el Derecho alemán, pues la *Fälligkeitsregelung* con que finaliza el § 406 BGB —«El deudor puede compensar también frente al nuevo acreedor un crédito que tenga contra el anterior acreedor, a no ser que tuviera conocimiento de la cesión en el momento de adquirir el crédito, o que el crédito haya vencido sólo tras la obtención del conocimiento y después que el crédito cedido»— no es aplicable cuando el contracrédito no sólo se ha adquirido, sino también ha vencido con anterioridad al conocimiento de la cesión por el deudor (LARENZ SchuldR I § 34 IV, DÖRNER *Dynamische Relativität* p 279 nt 45, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 d). Sin poner lo anterior en duda, algunos autores parecen criticar al legislador por haber ido más lejos, en beneficio del deudor cedido, de lo que exigía la protección de su legítima confianza en el mantenimiento de la titularidad de la posición acreedora (SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 III 3 c, MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 9, MEDICUS SchuldR I § 63 IV 5 b). A mi juicio, en cambio, no hay por qué limitar la confianza protegible al momento de la celebración del negocio jurídico fuente del contracrédito (o del negocio jurídico fuente del crédito cedido, caso de ser posterior). Los autores últimamente citados parecen olvidar el perjuicio que de otra forma podría sufrir el deudor cedido, inicialmente no cumplidor, que, una vez vencido su contracrédito (el que él todavía piensa que es), deja de preocuparse de allegar medios con que cumplir la deuda cedida, de buscar o conservar otras vías de defensa distintas a la compensación, o de intentar de inmediato el cobro de su crédito contra el acreedor originario, que a lo peor deviene incobrable. Ha de tenerse también presente, en fin, el supuesto del deudor que, tras un periodo de tiempo sin cumplir y desconocedor de la cesión del crédito por parte de su originario acreedor, adquiere un crédito que acaba de vencer contra éste, con la exclusiva intención de extinguir su deuda por compensación.

Indiferente resulta también que el contracrédito del deudor, aun adquirido con posterioridad al crédito cedido, no haya tenido su fuente en un negocio jurídico, sino en la ley (no puede aceptarse la limitación sugerida al respecto en MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 8). Insisto en que no es esencial para el funcionamiento de la norma analizada que el deudor cedido haya adquirido el contracrédito con la razonable expectativa de oponerlo en compensación al acreedor originario —lo que exigiría por hipótesis una adquisición voluntaria del

mismo—, sino que en algún momento posterior a la cesión y anterior al conocimiento de la misma por el deudor, la posibilidad «cobro/pago por compensación» haya podido parecerle garantizada, induciéndole a obrar en consecuencia: a no tratar, por ejemplo, de cobrar de inmediato su crédito contra el acreedor cedente, pese a existir un grave riesgo de que deviniera incobrable (*cfr* KORNBLUM BB 1981 p 1303).

c) Hasta aquí lo que, en mi opinión, resulta estrictamente de los párrafos segundo y tercero del artículo 1.198 CC. Tengo, sin embargo, la convicción de que el principio de protección de la legítima confianza del deudor cedido en el mantenimiento de la titularidad de la posición acreedora, que inspira tanto el artículo 1.198 III como el artículo 1.527 CC, permite además afirmar lo siguiente. El deudor cedido podrá oponer también al cesionario la compensación de un crédito que sólo haya llegado a ser objetivamente compensable con el crédito cedido tras el conocimiento de la cesión por el deudor, siempre que el hecho o negocio fuente del contracrédito se haya realizado con anterioridad a la obtención de dicho conocimiento y que el vencimiento, liquidez y exigibilidad del contracrédito no sean posteriores a los del crédito cedido.

Igual en el Derecho alemán, con base en el § 406 BGB. En cuya interpretación hay acuerdo general en que, para entender «adquirido» el contracrédito antes del conocimiento de la cesión por el cedido, basta que exista ya el *Rechtsgrund* del mismo, y en que, aunque la norma habla sólo del vencimiento de crédito y contracrédito, hay que entender la «*Voll-durchsetzbarkeit*» de uno y otro. Se discute sólo si la regla del orden de los vencimientos sea también aplicable cuando crédito y contracrédito provienen de la misma relación obligatoria, y si la existencia de un derecho de retención en favor del deudor permite afirmar que el crédito cedido no ha vencido todavía a los efectos del párrafo en cuestión. Sobre todo lo anterior, KORNBLUM BB 1981 pp 1302 s, 1304 ss, LARENZ SchuldR I § 34 IV, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 III 3, MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 7, 10, 15, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 278 s, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2.

Pero con una diferencia: el § 406 BGB no permite distinguir en este grupo de casos entre créditos/contracréditos nacidos *ex voluntante* y nacidos *ex lege*. Distinción que ahora, frente a lo que ocurría en 13.3.b, resulta plenamente razonable, como veremos de inmediato.

Se trata ahora de proteger a quien consintió en devenir acreedor de su acreedor (p.e. prestándole dinero), precisamente en atención a la cobertura que su deuda representaba, a su razonable expectativa de, en su caso, «cobrarse por compensación». O a quien consintió en devenir deudor de su deudor precisamente en atención a la cobertura que su crédito representaba, a su razonable expectativa de «pagar por compensación». Por eso ahora es preciso además que, bien la fuente del contracrédito, bien la del crédito cedido —en concreto, la que resulte cronológicamente posterior— sea de carácter negocial.

d) No hay motivo alguno para permitir al deudor cedido oponer al cesionario la compensación de un crédito contra el cedente, que derive de un hecho o negocio realizado con posterioridad al momento en que el cedido tuvo conocimiento de la cesión. Tampoco si realizado antes, pero el crédito tiene un vencimiento posterior a dicho conocimiento y al vencimiento del crédito cedido.

Comentando el artículo 169 II CO suizo, inspirado en el § 406 BGB, escribió en contra VON TUHR *Tratado* p 319: «Esta norma descansa en la idea de que el deudor, aun sin cesión, no pudo nunca contar con oponer al cedente en compensación un crédito de vencimiento posterior. Pero dudamos que el legislador haya dado en el blanco. Pues si el cedente hubiese esperado para hacer valer su crédito de vencimiento anterior hasta que venciese también el crédito del deudor, éste hubiera podido oponérselo en compensación ¿Por qué no ha de ocurrir también así cuando el cesionario del crédito vencido espere a que se produzca el vencimiento del crédito del deudor? Si, en estas condiciones, se expone a perder por compensación su crédito, no tiene que achacárselo a nadie más que a él mismo». Argumentación ingeniosa que, sin embargo, parece olvidar la diferencia esencial entre el cedente y el cesionario al respecto: que el crédito del deudor lo es contra el primero y no contra el segundo. Y que, por ello, es precisa alguna poderosa razón especial para que dicho crédito pueda ser opuesto en compensación frente al segundo y no frente al primero (conservación de una situación de compensación ya adquirida, protección de la legítima confianza del deudor). Una razón que no puede consistir en el simple hecho de que el cesionario haya tardado un cierto tiempo en hacer valer el crédito cedido o, como también podría decirse, que el deudor haya omitido durante cierto tiempo realizar espontáneamente el pago.

El cesionario podrá hacer valer frente al deudor cedido, que pretenda oponerle en compensación un crédito contra el cedente, todos los medios de defensa que al cedente corresponderían, incluida una prohibición legal o convencional de compensar (MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 11, 16, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 e). Operada la compensación, el cesionario, o podrá ampararse en el artículo 1.529 I prop 1.^a CC —si la situación de compensación existía ya en el momento de la cesión a título oneroso—, o dispondrá frente al cedente de una pretensión de reembolso de la suma compensada (art 1.158 II CC por analogía). Como el cesionario puede compensar el crédito cedido con una deuda que él mismo tenga frente al deudor (art 1.195 CC), podrá ocurrir que lo haga e impida con ello que éste le oponga la compensación de un crédito suyo contra el cedente; aunque el resultado final sea perjudicial para el deudor cedido (*arg* arts 1.201, 1.172 I CC; MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 12).

13.4 Considero indiscutible que el deudor podrá oponer al (sedi-cente) cesionario que éste no ha llegado a ser titular del crédito, por ejemplo, porque el negocio de cesión fue simulado (aunque ha de tenerse presente que la simulación ocultará en ocasiones una autorización de cobro), nulo por falta absoluta de consentimiento, indetermi-

nación del objeto, ilicitud de la causa o defecto de forma (en una donación de crédito), o contrario a una prohibición legal de ceder o a un *pactum de non cedendo* (aunque con la excepción indicada en el apartado VII y subapartado 8.4 de este trabajo, tomada del § 405 BGB); o porque aún no se ha cumplido la condición suspensiva o el término inicial a que se hallaba subordinada la eficacia del negocio de cesión. También podrá oponerle que ha dejado de ser titular del crédito, por haber quedado rescindido o resuelto el contrato de cesión; no, claro está, su mera rescindibilidad o resolubilidad. También, a mi juicio, la anulabilidad del contrato de cesión por haber concurrido en el cedente uno de los vicios que, según el artículo 1.301 CC, la provocan, mientras la confirmación del contrato no se produzca: momento hasta el cual, en mi opinión, la transmisión del crédito del cedente al cesionario no tendrá lugar en nuestro Derecho (*supra* 13.1.a). No se me contrargamente con el artículo 1.302 CC, porque se acabaría entonces por utilizar un precepto destinado a privilegiar a quien sufrió el vicio frente a su contraparte, para obtener una conclusión que beneficia a ésta frente a aquél: si el deudor no puede oponer la excepción de anulabilidad, habrá de pagar al cesionario, incluso en aquellos casos en que al cedente le haya sido imposible ejercitar todavía la acción de anulabilidad.

Ningún argumento en contra de todo lo anterior puede deducirse del hecho de que, *en ocasiones*, el deudor que no oponga, pese a conocerla, una de aquellas excepciones y pague al (sedicente) cesionario, pueda quedar liberado *ex* artículo 1.164 CC, según vimos en el apartado V de este trabajo.

Un sector de la doctrina italiana, con apoyo jurisprudencial, negó como regla que el deudor pudiera oponer la cesionario excepciones relativas al acto o negocio de cesión (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 61 s, *Cessione* pp 868 s, FRANCESCHELLI *Appunti* p 44 s; entre nosotros, NAVARRO *Cesión* pp 291 ss). Pero la doctrina dominante admite hoy las afirmaciones del texto, con excepción de las relativas a la anulabilidad (BIANCA *Debitore* pp 275 ss, MARANI *Notifica* pp 43 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 198 ss; en especial para la simulación, LISERRE *Riv trim dir proc civ* 1963 pp 310 ss).

Por supuesto (*vide supra*, apartado I de este trabajo), la doctrina alemana excluye como regla que el deudor cedido pueda oponer al cesionario las excepciones relativas al negocio de obligación causal. Pero afirma, naturalmente, que podrá oponer las relativas a la *Abtretung*, al negocio de disposición abstracto contemplado en el § 398 BGB: LARENZ SchulR I § 34 IV, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 13 s (que excluye la *Anfechtbarkeit* del negocio por error, dolo o intimidación), MEDICUS SchulR I § 63 III 1, PALANDT-HEINRICHS § 404 Anm I c. Véase ya VON TUHR *Tratado* pp 313 s.

Por supuesto, puede el deudor cedido oponer al cesionario todas las excepciones derivadas de sus relaciones jurídicas con él: compensar, por ejemplo, su deuda con un crédito que personalmente tenga

contra el cesionario (VON TUHR *Tratado* p 310, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 2, § 406 12, RIEG *Cession* nn 566 s, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 e).

13.5. En caso de pluralidad de cesiones en cadena, el deudor cedido puede oponer al último cesionario todas las excepciones que podría haber hecho valer contra cesionarios anteriores. En concreto, aunque siempre bajo los presupuestos indicados en 13.3, podrá oponer al último cesionario la compensación de un crédito adquirido contra cualquiera de los cesionarios intermedios (VON TUHR *Tratado* p 329, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 III 6, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 12, § 406 RdNr 13, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 e; y ya así García Goyena en su glosa al art 1.128 del Proyecto de 1851).

Sobre las excepciones en los supuestos de cesión parcial, *supra* 8.2 *in fine*.

Extraordinariamente difícil de decidir es el problema siguiente. Se cede anticipadamente un crédito futuro, se pone dicha cesión anticipada en conocimiento del futuro deudor y, después de esta toma de conocimiento, pero antes que el crédito anticipadamente cedido nazca, el futuro deudor adquiere un crédito contra el «cedente anticipado». ¿Podrá el deudor, tras el nacimiento del crédito cedido, oponer al cesionario la compensación del crédito que adquirió contra el cedente? En su sentencia de 2 febrero 1976 (BGHZ 66 pp 384 ss), el *Bundesgerichtshof* se decidió por la negativa, argumentando principalmente que la finalidad del § 406 BGB es, en primera línea, la protección de la confianza del deudor en la existencia de una situación de compensación. Tal postura cuenta con importante apoyo doctrinal (SCHOMAKER BB 1966 pp 940 s, CANARIS *Bankvertragsrecht* pp 872 s, KORNBLUM BB 1981 p 1303, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 nts 42, 48, 93, MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 17, aunque este último sólo si el contracrédito se adquirió negocialmente, no *ex lege*); pero no le faltan autorizados contradictores (DENCK DB 1977 pp 1493 ss, SERICK BB 1982 pp 874 ss, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 c), que se apoyan básicamente en el principio de que la cesión no debe perjudicar en modo alguno las posibilidades de defensa del deudor cedido.

A mi juicio, hay que distinguir: cabrá la compensación, si el futuro deudor adquirió su contracrédito (negocialmente o *ex lege*) antes de que se hubiera celebrado el contrato o estuviese constituida la relación jurídica fuente del crédito anticipadamente cedido; y no cabrá en la hipótesis contraria. No veo razón para tratar al cesionario y al titular del contracrédito en este caso mejor ni peor que al cesionario y al acreedor en el caso siguiente: *X* cede anticipadamente a *Y* un futuro crédito contra *D*, cae en quiebra antes de que nazca el crédito anticipadamente cedido, teniendo un único acreedor, *A*, y siendo aquél crédito el único posible bien integrante de la masa de la

quiebra. Y véase en el apartado 8.3 cómo responderíamos a la pregunta, ¿se integrará o no el crédito anticipadamente cedido en la masa de la quiebra en el momento de nacer?, o lo que es lo mismo, ¿quedará destinado a la satisfacción del acreedor *A* o responderá sin más al cesionario *Y*? Nótese, por lo demás, que, de negar radicalmente al deudor la posibilidad de compensación en la hipótesis analizada, le induciríamos a concluir con el «cedente anticipado» un *pactum de non cedendo* en el momento de celebración del contrato fuente del crédito anticipadamente cedido (*supra* 8.4 *in fine*), garantizándose con ello la posibilidad de compensar.

Que pueda resultar muy raro que una cesión anticipada sea puesta en conocimiento del futuro deudor antes de que se haya celebrado el contrato o esté constituida la relación jurídica fuente del crédito anticipadamente cedido, permitiendo así la adquisición por el deudor del contracrédito en el período intermedio, significará sólo que la solución negadora de la compensación será la correcta en la generalidad de los casos; pero no excluye la necesidad de distinguir.

Igualmente difícil de resolver es el problema siguiente. El futuro deudor cedido adquiere primero su crédito contra el cedente anticipado, tiene luego conocimiento de la cesión anticipada y finalmente celebra el contrato fuente del crédito contra él, anticipadamente cedido. ¿Podrá el deudor cedido oponer al cesionario la compensación de su crédito contra el cedente? En MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 18 parece sostenerse que no, bien que señalando que el deudor tendrá a su disposición concluir un *pactum de non cedendo* a la hora de celebrar el contrato fuente de su deuda. A mi juicio, la respuesta ha de ser indudablemente afirmativa. Porque, ¿cabría acaso negar a un deudor cedido la posibilidad de oponer al cesionario la compensación de un crédito suyo contra el cedente, anterior al crédito cedido y a la cesión, por el hecho de que, en el momento de contraer su deuda con el cedente, desconociera ser titular de un crédito contra él y lo hubiera seguido desconociendo hasta después de tener conocimiento de la cesión (de modo que nunca hubiese confiado en la existencia de una situación de compensación)? Respóndase con el artículo 1.198 II, III prop 1.^a CC en la mano.

En fin, por lo que respecta a las excepciones contempladas en 13.2, seguramente hay que afirmar que, en los casos de cesión anticipada de crédito futuro, la frase «antes de tener conocimiento de la cesión» debe ser sustituida por esta otra: «antes de tener conocimiento del contrato de cesión anticipada». Pues, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1.198, la única ratio del artículo 1.527 CC es la protección de la legítima confianza del deudor en el mantenimiento de la titularidad de la posición acreedora. Ahora bien, no se olvide que, aún después de la cesión anticipada y de su conocimiento, cedente y deudor siguen estando legitimados para configurar con sus acuerdos el crédito a nacer, en la forma que estimen conveniente (*supra* 8.3; MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 12, § 407 RdNr 24).

13.6. Dice el artículo 1.198 I CC que el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero —esto es, por considerar la hipótesis ordinaria, el deudor que, a instancia del cesionario, hubiera declarado reconocer, aprobar o aceptar sin reservas la cesión proyectada—, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Cabe preguntarse qué ocurrirá en tal hipótesis con las demás excepciones que, de acuerdo con lo escrito en las páginas anteriores, pudieran corresponder al deudor cedido.

La doctrina dominante en Francia en relación con el artículo 1.295 I CC —«El deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión que un acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede ya oponer al cesionario la compensación que hubiera podido, antes de la aceptación, oponer al cedente»— admitiendo la posibilidad de una renuncia general a sus excepciones por parte del cedido, cuando resulte clara su voluntad al respecto, niega que la mera aceptación sin reservas haya de entenderse así, afirmando el carácter rigurosamente excepcional de la norma en cuestión (AYNES *Cession de contrat* p 40 nt 70, RIEG *Cession* nn 555 ss, 575 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p 590 nt 20; *contra* CAPITANT *Causa* pp 397 ss). Lo mismo cabe decir de la doctrina italiana en relación con el artículo 1.248 I: «El deudor, si ha aceptado pura y simplemente la cesión que el acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente» (PANUCCIO *Cessione volontaria* p 13 nt 21, CICALA *Cessione del contratto* p 158 nt 71, MARANI *Notifica* pp 24 ss nt 35, PERLINGERI *Cessione* pp 216 ss; apoyándose todos en un comentario jurisprudencial de BIGIAMI *Foro it* 1938 I cc 1306 ss, en relación con el artículo 1.291 I CC italiano de 1865: «El deudor que sin condición o reserva ha consentido en la cesión que el acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente antes de la aceptación»).

En la doctrina alemana, no existiendo en el BGB precepto alguno semejante a los citados, algunos autores se han movido en la misma línea de negar que la aceptación sin reservas de la cesión por el deudor cedido conlleve la pérdida de sus excepciones, admitiendo sólo que pueda generar una responsabilidad por daños a su cargo por *culpa in contrahendo* (MARBURGER DB 1973 pp 2130 ss, BENÖHR NJW 1976 pp 174 s; véase también MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 20, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 250 ss); idea esta última con antecedentes en la doctrina francesa e italiana (*cfr* RIEG *Cession* n 565, BIGIAMI *Foro it* 1938 I c 1308 nt 18). La opinión dominante, sin embargo, se ha inclinado por la postura contraria, cuando menos para las excepciones que el cedido ya conociera o con las que ya contara. Bien considerando que existe una renuncia tácita (referencias en CANARIS *Vertrauenshaftung* pp 102 s, MARBURGER DB 1973 pp 2125 ss, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 III 1, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 18, PALANDT-HEINRICHS § 404 Anm 4), bien con base en el principio de la responsabilidad por la confianza (CANARIS *Vertrauenshaftung* pp 104 ss; pero en parte ya BIGIAMI *Foro it* 1938 I c 1308).

Entre nosotros, se han inclinado por una extensión analógica más o menos amplia del artículo 1.198 I CC DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 810, PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 206. En contra, NAVARRO *Cesión* p 291.

Mis ideas al respecto se mueven en las coordenadas siguientes. Es indudable que el deudor cedido puede renunciar a todas o algunas de sus excepciones frente al cesionario, bien mediante pacto con éste y/o el cedente, bien de forma unilateral. La extensión de la renuncia será cuestión de interpretación que, en la duda, habrá de ser restrictiva, porque, salvo el muy infrecuente caso de que el deudor tenga un interés personal en que la cesión se lleve a cabo, carece éste de motivo razonable para perjudicar su propia posición y favorecer al cesionario. Precisamente por esto último, que induce a requerir para la renuncia una voluntad clara de realizarla, debe negarse como regla que la aceptación sin reservas de la cesión pueda ser considerada una renuncia tácita del deudor cedido a sus excepciones, siquiera se trate de las por el ya conocidas, o con las que ya contaba. Nos queda entonces la idea de la responsabilidad por la confianza o la apariencia creada. Respecto de las excepciones que el deudor cedido pudo razonablemente conocer, o con las que pudo razonablemente contar en el momento de su aceptación, a lo más que puede llegarse es a afirmar a su cargo y en favor del cesionario una obligación de resarcimiento de daños, limitada al interés negativo, por *culpa in contrahendo*. Ni siquiera a eso, claro está, respecto a las excepciones que ni conoció ni pudo razonablemente conocer y con las que ni contó ni pudo razonablemente contar. Resta el tema más difícil: el de las excepciones que, en el momento de aceptar sin reservas la cesión, el deudor cedido conocía o con las que ya contaba. Al menos para las primeras, creo que debe llegarse a la conclusión de su posterior inoponibilidad al cesionario *a título oneroso y de buena fe*, salvo que por las circunstancias del caso no cupiera dar a la «aceptación» del cedido otro significado que el de un mero «enterado» de la existencia del contrato de cesión, o que el del permiso con que se obvia un *pactum de non cedendo*.

Pienso, además, que el artículo 1.198 I CC debe interpretarse de manera congruente con las anteriores premisas y sostenerse que la inoponibilidad de la compensación no subsiste si el deudor cedido prueba que ignoraba ser titular de un crédito contra el cedente en el momento de consentir en la cesión (*contra BIGIAVI Foro it 1938 I c 1307 nt 8*), o que la cesión fue a título gratuito, o que el cesionario conocía en el momento de la cesión la existencia del contracrédito. Aunque en modo alguno cabría tachar de descabellada la idea de que el legislador haya querido establecer precisamente en el caso del artículo citado una regla excepcional y más dura con el deudor cedido, dada la peculiaridad de la excepción que en aquél se prevé: que no es una de las que «*ipsam actionem afficit*», sino una de las que «*personae cedentis cohaeret*» (art 1.195 CC; la terminología es de Olea, citado por BIGIAVI *Foro it 1938 I c 1306 nt 7*); que, a diferencia de las defensiones o hechos impeditivos o extintivos, no puede considerarse un «vicio inherente al crédito», que lógicamente haya

de transferirse con él. La generosidad con el deudor cedido que significaría la existencia misma del artículo 1.198, se vería compensada por la dureza de lo previsto en su párrafo primero.

BIBLIOGRAFIA CITADA

En la lista que sigue no se han incluido los manuales españoles más utilizados (los de Albaladejo, Díez-Picazo y Gullón, Lacruz, Castán), que se han citado por sus últimas ediciones. Tampoco los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* EDERSA, dirigidos por Albaladejo, que se han citado con la palabra *Comentarios* seguida del número del tomo correspondiente. Tampoco, en fin, los *Comentarios al BGB*, que se han citado: el *Münchener* por su segunda edición, el *Staudinger* por la duodécima y el *Palandt* por la cuadragesimosexta.

- ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico* (1950).
 AMOROS GUARDIOLA, «El acreedor aparente», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro I* (1976) pp 37 ss.
 AYNES, *La cession de contrat* (1984).
 BACCIGALUPI, «I dati normativi della *cessio pro solvendo*», *BBTC* 1954 II pp 374 ss.
 BACKHAUS, «Befriende Leistung bösgläubigen Schuldners im Fall des § 407 II BGB und verwandter Vorschriften?», *JA* 1983 pp 408 ss.
 BAUMGÄRTEL, «Die Unzumutbarkeit der Forderungsabtretung», *AcP* 156 (1957) pp 265 ss.
 BAUR, *Sachenrecht*¹³ (1985).
 BENÖHR, «Einredevorzicht des Drittschuldners», *NJW* 1976 pp 174 s.
 BETANT-ROBET, «La décharge de la caution per application de l'article 2037», *Riv trim dr civ* 1974 pp 309 ss.
 BETTI, *Teoria general del negocio jurídico* (trad. Martín Pérez s. d.).
 BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento* (1963)
 — «Gli oneri del debitore con riguardo all'accertamento dell'avvenuta cessione», *Riv trim dir proc civ* 1969 pp 799 ss.
 — «Patto commisorio», *Noviss Dig it XII* pp 712 ss.
 BIGIAMI, «Opponibilità delle eccezioni nella cessione accettata», *Foro it* 1938 I cc 1306 ss.
 — «Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare di pagamenti» *BBTC* 1958 I pp 287 ss.
 BIGLIAZZI GERI, «Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente (con particolare riferimento alla cessione dei crediti)», *Riv trim dir proc civ* 1968 pp 1314 ss.
 BROX, *Allgemeiner Teil des BGB*¹¹ (1987).
 — *Allgemeines Schuldrecht*¹⁵ (1987).
 BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento* (1958).
 BÜLOW, «Grundprobleme des Schuldnerschutzes bei der Forderungsabtretung», *JA* 1983 pp 7 ss.
 CAFFARENA, *La solidarietà de deudores* (1980).
 DE LA CAMARA, *Estudios de Derecho Civil* (1985).
 CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1971).
 — *Bankvertragsrecht*³ (1981).
 CAPITANT, *De la causa de las obligaciones* (trad. Tarragato, 1927).
 CAPO BONAFUS, «Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos», *RCDI* 1931 pp 382 ss.

- CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari* (1933).
- CARNEVALI, «I problemi giuridici del factoring», *Riv dir civ* 1978 I pp 299 ss.
— «Patto commissorio», *Enc del Dir XXXII* pp 499 ss.
- CARRARO, «Recesión a Panuccio, La cessione volontaria dei crediti», *Riv dir civ* 1957 I pp 117 ss.
- DE CASTRO, *Derecho Civil de España I* (1949, reimp. 1984).
— *El negocio jurídico* (1971, reimp. 1985).
— *Temas de Derecho Civil* (1972).
- CICALÀ, *Il negocio di cessione del contratto* (1962).
- CLARIZIA, «Factoring», *Dizionari del diritto privato Irti. Diritto civile* (1980).
- COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil I* (1975).
- DELEBECQUE, «Cautionement» (1985), *Rep dr civ Dalloz II*.
- DELVAUX, *La mobilisation des créances à titre de garantie*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- DENCK, «Vorausabtretung und Aufrechnung», *DB* 1977 pp 1493 ss.
- DERDELER, «Teilzession und Schuldnerrechte», *AcP* 169 (1969) pp 97 ss.
- DIEZ PASTOR, «Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca», *RCDI* 1930 pp 440 ss.
- DIEZ PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979).
— *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*² (1983).
- DOLMETTA y PORTALE, «Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano» *BBTC* 1985 I pp 258 ss.
- DÖRNER, *Dynamische Relativität* (1985).
- ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones* (trad. y nts. Pérez González y Alguer, 1954).
- ESSER y E. SCHMIDT, *Schuldrecht I*⁶ (1984).
- ESSER y WEYERS, *Schuldrecht II*⁶ (1984).
- FERNANDEZ-ARMESTO, «Los créditos subasta», *RDBB* 1987 pp 379 ss.
- FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*² (1969), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».
— *Dei titoli di credito*² (1974), en «Commentario del codice civile Scialoja-Branca».
- FLUME, *Das Rechtsgeschäft*³ (1979), «Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts» II.
- FONTAINE, *La transmission des obligations «de lege ferenda»*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- FRANCESCHELLI, *Appunti in tema di cessione dei crediti* (1957).
- FRAGALI, *Fideiussione. Mandato de credito* (1968), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».
— *Anticresi*² (1974), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».
- GALGANO, *Diritto privato*³ (1985).
- GAZZARA, *La vendita obbligatoria* (1957).
- GERNHUBER, «Synallagma und Zession», *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser* (1974) pp 57 ss.
— *Die Erfüllung und ihre Surrogate* (1983), «Handbuch des Schuldrechts Gernhuber» 3.
- GHESTIN, *La transmission des obligations en droit positif français*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- GIORGIANNI, «Creditore apparente», *Noviss Dig it IV* pp 1156 ss.
- GONZALEZ ENRIQUEZ, «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español», *Rev Int Not* 46-47 (1960) pp 83 ss.
- GORDILLO, *La representación aparente* (1978).
- GORLA, *Del pegno, Delle Ipoteche*³ (1968), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».

- GRAZIADEI, «La notificazione al debitore ceduto come condizione di efficacia della cessione dei crediti nei confronti dei terzi», *BBTC* 1962 II pp 347 ss.
- GRIPPO, «Garanzie atipiche e fallimento», *Contratto e Impresa* 1986 pp 377 ss.
- GROSLIERE, «Gage» (1972), *Rep dr civ Dalloz V*.
- GULLON BALLESTEROS, *El derecho real de subhipoteca* (1957).
- «Mandatario que adquiere en nombre propio», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro I* (1976) pp 761 ss.
- HERNANDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones I* (1960).
- KNÜTEL, «Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen», *Festschrift für Werner Flume I* (1978) pp 559 ss.
- «Probleme des Bürgenregresses», *JR* 1985 pp 6 ss.
- KÖHLER, «Die Leistung erfüllungshalber», *WM* 1977 pp 242 ss.
- «Forderungsabtretung und Ausübung von Gestaltungsrechten», *JZ* 1986 pp 516 ss.
- KORNBLUM, «Schuldnerschutz bei der Forderungsabtretung», *BB* 1981 pp 1296 ss.
- LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*⁶ (1983).
- *Lehrbuch des Schuldrechts*¹³ I (1982), II-1 (1986).
- LISERRE, «Cessione simulata del credito e interesse del debitore ceduto ad eccipere la simulazione», *Riv trim dir proc civ* 1963 pp 310 ss.
- LUDEWIG, «Abtretung von Gewährleistungsansprüchen an Bauwerken und Einrede nach § 320 BGB», *NJW* 1972 pp 516 s.
- MADRIDEJOS, «La cesión de créditos» *RDN* 1961 pp 381 ss.
- MANCINI, «La cessione dei crediti», en *Trattato di diritto privato Rescigno* 9 (1984) pp 379 ss.
- MARANI, *Notifica, accettazione e buona fede nella cessione dei crediti* (1977).
- MARBURGER, «Sicherungszession und Schuldsbestätigung», *DB* 1973 pp 2125 ss.
- MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*² (1985).
- *Schuldrecht I*³ (1986), II² (1985).
- MINERVINI, *Sconto bancario* (1949).
- MUSIELAK, «Entgeltliche Geschäftsbesorgung», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II* (1981) pp 1209 ss.
- NAVARRO PEREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español* (1988).
- NEUMANN-DUESBERG, «Die Einrede der Anfechtbarkeit gegenüber dem Zessionar», *Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70 Geburtstag I* (1965) pp 659 ss.
- «Rücktrittsvorbringen des Schuldners gegenüber dem Zessionar» (§§ 404, 349 BGB), *NJW* 1971 pp 271 s.
- VAN OMMESLAGHE, *La transmission des obligations en droit positif belge*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento* (1955).
- «Cessione dei crediti», *Enc del dir VI* pp 846 ss.
- PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito* (1984), en «Quaderni di giurisprudenza commerciale Giuffrè» 64.
- PARDON, *La transmission des obligations en droit bancaire belge*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- PAVONE LA ROSA, «Apertura di credito, cessione *pro solvendo* e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provista», *BBTC* 1959 II pp 531 ss.
- PAZ ARES, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio», en MENENDEZ (ed), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (1986) pp 95 ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*² (1986).
- PERLINGERI, *Della cessione dei crediti* (1982), en «Commentario del codice civile Scialoja-Branca».

- PETERS, «Die Schadensberechnung bei der Verletzung zedierter Forderungen», *JZ* 1977 pp 119 ss.
- PICK, «Einwendungen bei dem gegenseitigen Vertrag nach Abtretung der Forderung» *AcP* 172 (1972) pp 39 ss.
- RAVAZZONI, «Fideiussione (diritto civile)», *Noviss Dig it VII* pp 275 ss.
- RIEG, «Cession de créance» (1985), *Rep dr civ Dalloz* II.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*⁷ (1979).
- RÖDER, «Bürgerliches Recht: Das vergiftete Pferdefutter», *JuS* 1984 pp 618 ss.
- ROPPO, «La responsabilità patrimoniale del debitore», en *Trattato di diritto privato Rescigno* 19 (1985) pp 363 ss.
- ROSENDE, «La prenda de créditos», *RCDI* 1927 pp 561 ss, 641 ss.
- RUBINO, *La compravendita*² (1971), en «Tratatto di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo» XXIII.
- RÜSSMANN, «Die Einziehungsermächtigung im bürgerlichen Recht — ein Institut der richterlichen Rechsschöpfung», *JuS* 1972 pp 169 ss.
— «Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis», *AcP* 172 (1972) pp 520 ss.
- SCHEYHING (y NÖRR), *Sukzessionen* (1983), «Handbuch des Schuldrechts Gernhuber» 2.
- SCHLESSINGER, *Il pagamento al terzo* (1961).
- SCHÖDERMEIER y WOOPEN, «Die diskriminierte Einigung», *JA* 1985 pp 622 ss.
- SCHOMAKER, «Aufrechnung des Schuldners bei verlängertem Eigentumsvorbehalt», *BB* 1969 pp 940 s.
- SCHWENZER, «Zession und sekundäre Glaubigerrechte», *AcP* 182 (1982) pp 214 ss.
- SERICK, «Rechtsprobleme des Factoring-Geschäftes», *BB* 1976 pp 425 ss.
— «Neuere Entwicklungen beim Factoring-Geschäft», *BB* 1979 pp 825 ss.
— «Aunrechnungsprobleme bei sicherungsrechtlichen Vorausabtretungen §§ 406, 404 BGB und §§ 53 ss KO», *BB* 1982 pp 873 ss.
- SEETZEN, «Sekundäre Gläubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag», *AcP* 169 (1969) pp 352 ss.
— «Positive Vertragsverletzung gegenüber Zedent oder Zessionar?» *MDR* 1970 pp 809 ss.
- SOTGIA, «Cessione di crediti e di altri diritti (diritto civile)», *Noviss Dig it III* pp 155 ss.
- TEDESCHI, «Anticresi», *Noviss Dig it I*¹.
- TORRENTE y SCHLESSINGER, *Manuale di diritto privato*¹² (1985).
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*⁶ (1983).
- VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones* II (trad. Rocés, 1934).
- VERGEZ, «La circulación de la letra de cambio», en MENENDEZ (ed.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (1986) pp 449 ss.
- WEILL, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière* (1979).
- WEILL y TERRE, *Droit civil. Les obligations*⁴ (1986).
- WOLF, *Sachenrecht*⁷ (1987).
- WOLFF y RAISER, *Derecho de Cosas* (trad. y nts. Pérez González y Alguer, 1971).
- ZACCARIA, «La garanzia dell'esistenza del credito», *Riv dir civ* 1982 I pp 340 ss.
— *La prestazione in luogo dell'adempimento* (1987).

