

## ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

# La cesión de créditos: reflexiones sobre los problemas de ley aplicable <sup>1</sup>

**FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ**

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad Castilla-La Mancha

**IVÁN HEREDIA CERVANTES**

Profesor de Derecho internacional privado  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Planteamiento del problema y anticipación de las soluciones.*—2. *Cesión única: relaciones contractuales entre cedente, cesionario y deudor:* 2.1 Relaciones contractuales entre cedente y cesionario. 2.2 Posición del deudor. 2.3 Alcance jurídico-real: a) El ámbito material del CR 1980. b) La ley aplicable a la eficacia jurídico-real de la cesión.—3. *Pluralidad de cesiones.—Bibliografía citada.*

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ANTICIPACIÓN DE LAS SOLUCIONES

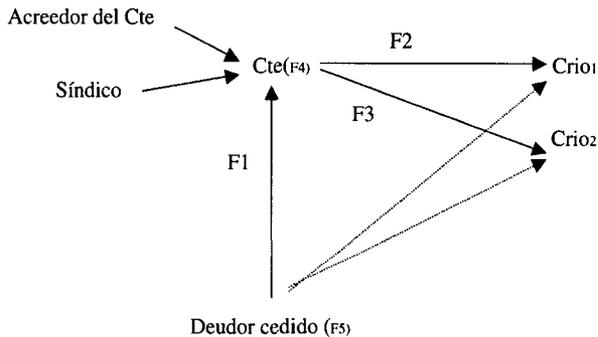
1. Imaginemos un supuesto internacional de cesión de créditos. La situación podría describirse con estos cinco elementos. Primero: el contrato que une al cedente y al deudor cedido queda sujeto a la ley de un Estado cualquiera (F1). El crédito objeto de cesión deriva de dicho contrato y, por lo tanto, esta sometido también al Derecho de F1 (*Forderungsstatut*, o ley del crédito cedido). Segundo: el cedente celebra un contrato de cesión con un primer cesionario (Criol) y escogen como ley aplicable (*Verpflichtungsstatut*, o estatuto obligacional) el Derecho de otro Estado distinto (F2). Ter-

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación DC 06-541A-Q-640, subvencionado por UAM-SCH y en el Proyecto de Investigación BJV 2002-00590 financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Los autores quieren manifestar su agradecimiento a aquellas personas que han tenido la paciencia de leerlo y de comentar las tesis principales.

cero: el mismo cedente celebra un contrato de cesión del mismo crédito con un segundo cesionario (Crio2) y escogen como ley aplicable el Derecho de F3; esto es, se produce una doble cesión del mismo crédito sujeta cada una a su propio Derecho. Cuarto: el cedente reside en F4, donde tiene varios acreedores (e incluso puede llegar a caer en quiebra). Y quinto: el deudor cedido vive en F5. Nos encontramos, así, con cinco leyes potencialmente aplicables a la pluralidad de relaciones que se presentan en este ejemplo.

Gráficamente:



La ley que rige el crédito cedido (*Forderungstatut*) es la de F1  
 La ley que rige el contrato de cesión al Crio1 (*Verpflichtungsstatut*) es la de F2  
 La ley que rige el contrato de cesión al Crio2 (*Verpflichtungsstatut*) es la de F3  
 La ley de residencia del cedente es la de F4  
 La ley de residencia del deudor cedido es la de F5

2. El objeto de este trabajo es analizar los problemas que plantea esta concurrencia normativa. En particular nos vamos a ocupar de: a) la eficacia «jurídico-real» de la operación; esto es, las cuestiones relativas a la transmisión de la propiedad del crédito o a la constitución de un derecho real sobre él y, en consecuencia, de los aspectos relativos a la oponibilidad de esa transmisión frente a terceros (acreedores del cedente o incluso al síndico de éste); b) la posición del deudor, y c) el conflicto entre cesionarios del mismo crédito.

**Advertencia.**—Aunque pueda discutirse el empleo del término «jurídico-real» en esta sede, lo hemos preferido mantener, ya que no sólo resulta más breve que otras alternativas, sino que es bastante habitual en la doctrina internacional-privatista<sup>2</sup>. De todos modos, ha de evitarse caer en los prejuicios que, a la hora de buscar soluciones, el empleo de este término suele conllevar (p. ej., la búsqueda de un *situs* de la deuda).

<sup>2</sup> Por todos, MOSHINSKY, pp. 594-595; KOPPONEL-LAFORCE, p. 133.

Para analizar estas cuestiones vamos a seguir un camino muy sencillo. Primero vamos a analizar el supuesto de cesión con un único cesionario; ahí estudiaremos los aspectos contractuales de la operación (§ 2) y su eficacia jurídico real (§ 3). A continuación estudiaremos los supuestos de cesiones múltiples y el conflicto entre cesionarios (§ 4).

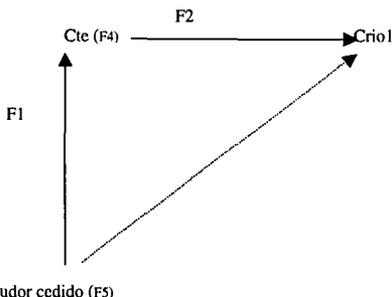
3. Al lector apresurado le podemos adelantar las conclusiones a las que vamos a llegar: *a)* la eficacia «jurídico real» de la operación de cesión debe quedar sujeta a la ley que rige el contrato de cesión, F2, en el primer caso, y F3, en el segundo; *b)* la posición del deudor va a quedar sujeta en todo caso al Derecho de F1; *c)* el conflicto entre cesionarios sujetos a leyes contradictorias se va a resolver a favor de aquel que adquirió primero su derecho según la ley que le fuese aplicable. Algunas de estas conclusiones valen, como veremos, mientras no se ratifique el *Convenio de UNCITRAL sobre cesión de créditos*.

## 2. CESIÓN ÚNICA: RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE CEDENTE, CESIONARIO Y DEUDOR

### 2.1 Relaciones contractuales entre cedente y cesionario

4. Vamos a comenzar con el supuesto más sencillo. Una cesión única de un crédito sometido al Derecho de F1.

Gráficamente:



La ley que rige el crédito cedido (*Forderungstatut*) es la de F1

La ley que rige el contrato de cesión al Crio1 (*Verpflichtungstatut*) es la de F2

La ley de residencia del cedente es la de F4

La ley de residencia del deudor cedido es la de F5

La determinación de la ley aplicable a los *aspectos contractuales* de una cesión de crédito (*Verpflichtungstatut*) no presenta graves dificultades. Según el artículo 12.1 del Convenio de Roma

sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR 1980)<sup>3</sup>: *las obligaciones entre el cedente y el cesionario de un crédito se registrarán por la ley que, en virtud del presente Convenio, se aplique al contrato que les ligue*. Por consiguiente, para determinar la ley que rige ese contrato no hay más que aplicar las reglas generales del Convenio. Si las partes han escogido, por ejemplo, el Derecho de F2, ésta será la ley aplicable (art. 3). En defecto de elección, se aplicará la ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato (art. 4); el artículo 4.2 presume que esos vínculos se presentan con la ley del Estado donde resida la parte que tiene a su cargo la prestación característica.

**Advertencia.**—La ley que rige la relación entre cedente y cesionario es la ley aplicable al contrato (o negocio de obligación) del cual trae causa esa cesión. A este respecto, hay cuatro cuestiones que son importantes: *a)* en principio, a la hora de concretar la cláusula de los vínculos más estrechos, la conexión con el crédito cedido tiene poca importancia y por consiguiente el estatuto del crédito cedido también; precisamente, esto es lo que nos viene a decir el artículo 12 cuando establece el principio de separación (la relación frente al deudor va por un lado y las relaciones entre cedente y cesionario por otro, más adelante volveremos sobre ello). *b)* La prestación característica no es necesariamente la del cedente, sino la que lo sea conforme al contrato base. En los casos de permuta de créditos (p. ej., *swaps*), en principio, no hay prestador característico, por lo que se debe acudir directamente a la cláusula general; en los contratos de *Factoring* en los que sólo participa una empresa de *Factoring (one factor system)*, existe cierta unanimidad a la hora de identificar a ésta y no al cliente como aquella parte a quien corresponde la prestación característica del contrato<sup>4</sup>. *c)* Bajo las condiciones del artículo 3.1, *in fine*, las partes pueden separar, por un lado, la ley aplicable a los aspectos contractuales de la cesión (p. ej., las garantías dadas por el cedente sobre la transferibilidad del crédito o la solvencia del deudor; el compromiso de aceptar la devolución del crédito en el caso de que el deudor discuta el pago, el derecho del cesionario a quedarse con los productos del crédito o a adquirir los accesorios de éste, etc.), y, por otro, la ley que rige el resto de cuestiones derivadas del contrato base. *d)* Como también veremos más adelante, el CR 1980 no es aplicable al negocio de disposición (*Verfügungsgeschäft*); lo cual no quiere decir que ambos (el *Verpflichtungsgeschäft* o negocio obligacional y el *Verfügungsgeschäft* o negocio de disposición) no puedan quedar sujetos al mismo ordenamiento; de hecho, ésta es la solución propugnada en el presente trabajo.

<sup>3</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma de 19 de junio de 1980 (*BOE* de 19 de julio de 1993; corrección de errores en *BOE* de 9 de agosto de 1993).

<sup>4</sup> Las referencias doctrinales pertinentes pueden verse en REQUEJO ISIDRO, p. 182.

5. La ley así designada (esto es, el *Verpflichtungsstatut*), rige las obligaciones entre cedente y cesionario, la responsabilidad del cedente y sus consecuencias. También rige la interpretación del contrato [art. 10.1.a) CR 1980]. Como veremos más adelante, esta ley nos acabará determinando, también, si la cesión es abstracta o causal.

6. La forma del contrato y su prueba se someten a las reglas generales. El contrato será válido en cuanto a su forma si reúne las condiciones de la ley aplicable al fondo (F2, en el ejemplo) o de la ley del país donde se haya celebrado. En los contratos celebrados a distancia, vale la ley de cualquiera de los países (art. 9 CR 1980).

El contrato podrá ser acreditado por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del foro o bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 9, conforme a la cual el contrato sea válido en cuanto a su forma (art. 14 CR 1980).

**Convenio de UNCITRAL.**—Esta misma solución sigue el *Convenio de UNCITRAL sobre cesión de créditos*<sup>5</sup>. El Convenio tiene por objeto principal establecer unas reglas sustantivas uniformes aplicables a la cesión de créditos. Para que sea aplicable el Convenio tienen que darse las siguientes condiciones: a) que el cedente esté situado en un Estado contratante [art. 1.1.a)]; y b) que se trate de una cesión de créditos internacionales o de una cesión internacional de créditos. El Convenio considera que un crédito es internacional si en el momento de celebrarse el contrato originario el cedente y el deudor están situados en diferentes Estados, mientras que entiende por cesión internacional aquella en la que el cedente y el cesionario están situados en Estados distintos en el momento de celebrarse el contrato originario (art. 1.1 y art. 3). En todo caso, las reglas del Convenio no se aplican a los derechos y obligaciones del deudor si, en la fecha de celebrarse el contrato originario, éste no estaba situado en un Estado contratante o la ley aplicable al contrato originario no era la de un Estado contratante (art. 1.3).

Como decíamos, dentro de este ámbito de aplicación, el Convenio establece una serie de reglas sustantivas aplicables a la cesión. No obstante, también incluye: a) por un lado, y ante la incapacidad de alcanzar un acuerdo sobre la eficacia de la cesión frente a terceros, una norma de conflicto relativa a la ley aplicable a las «prelaciones» del cesionario frente a otros cesionarios o terceros acreedores del cedente (art. 22, *infra*, núm. 22); b) por otro lado, el capítulo V contiene una «mini-codificación» de normas de conflicto que resulta aplicable tanto a las cesiones incluidas en el ámbito territorial del Convenio (aunque sólo a aquellos aspectos carentes de regulación material) como a las excluidas (pero, en este segundo caso, sólo a las «cesiones internacionales» en los tér-

---

<sup>5</sup> El texto, que todavía no está en vigor, puede consultarse en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Sobre los aspectos conflictuales del Convenio resulta muy esclarecedor WALSH, *passim*.

minos antes descritos)<sup>6</sup>. Entre estas normas, ahora nos interesa el artículo 28, que contiene una solución paralela al artículo 12.1 CR 1980: «1. Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley que éstos hayan elegido. 2. A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario, sus derechos y obligaciones recíprocos derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado». Obsérvese, no obstante, que el artículo 28, a diferencia del artículo 12.1 CR, no recurre a una presunción para concretar el criterio de los vínculos más estrechos. En cuanto a la forma, el artículo 27 del Convenio contiene también una regla semejante a la del artículo 9 CR 1980.

## 2.2 Posición del deudor

7. Desde el punto de vista del deudor, el principio del que parte el CR 1980 es muy sencillo: la cesión del crédito no puede perjudicar al *deudor*; o, dicho de otro modo, la posición del deudor no está a disposición del cedente<sup>7</sup>. Éste es el objeto del artículo 12.2, donde se establece que la ley que rija el crédito cedido (F1 en nuestro ejemplo) determinará los siguientes aspectos.

a) El carácter transferible del mismo: en principio, la ley que rige el crédito determina tanto su intransferibilidad legal o convencional, así como las consecuencias del incumplimiento de un pacto de *non cedendo*<sup>8</sup>.

**Advertencia.**—Quizá no esté de más señalar que el Convenio UNCITRAL altera en gran medida la solución tradicional en muchos ordenamientos (como en el español), ya que no atribuye eficacia jurídico-real, salvo supuestos tasados, al pacto de *non cedendo* (*vid.* art. 9).

b) Las relaciones entre el cesionario y el deudor, incluidas las excepciones que el deudor puede oponer al cesionario derivadas del contrato bilateral con el cedente o las condiciones de oponibilidad de cualquier otro negocio jurídico relativo a la existencia o alcance

<sup>6</sup> El artículo 39 del Convenio otorga a los Estados la posibilidad de no quedar vinculados por el capítulo V.

<sup>7</sup> LAGARDE, p. 335; MOSHINSKY, p. 618; EINSELE, p. 432; KIENINGER, p. 704; KOPPEL-NOL-LAFORCE, p. 136; STADLER, p. 106; MANGOLD, p. 132; REQUEJO ISIDRO, pp. 127-168 (subrayando, todos ellos, la importancia de este principio en su dimensión conflictual).

<sup>8</sup> No obstante, una vez que se determina que el crédito es transferible, la eficacia jurídico-real de la cesión no sólo escapa del ámbito del artículo 12.2.º, sino que incluso queda fuera del CR (*vid.*, *infra* núms.10 ss.).

del crédito cedido que hubiese celebrado con el cedente; naturalmente, las consecuencias que ello pudiese tener sobre la relación entre cedente y cesionario quedan sometidas a la ley aplicable a esta última<sup>9</sup>;

c) Las condiciones de *oponibilidad de la cesión al deudor*, es decir, la verificación del cumplimiento de aquellos requisitos y formalidades al margen del propio contrato de cesión (notificación de la cesión, entrega de una copia del acto de cesión, etc.), que permiten invocar ésta frente al *debitor debitoris*.

d) El carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor, incluidas las reglas sobre carga de la prueba de la buena o mala fe en el pago al deudor aparente, así como las posibilidades de que dispone el deudor cuando le resulte incierto a quién ha de realizar el pago.

También rige el *Forderungsstatut* las condiciones de oponibilidad de una compensación (frente al cedente o frente al propio cesionario)<sup>10</sup>. En definitiva, el deudor debe cumplir en las condiciones de la ley que rige su crédito (en nuestro ejemplo, el Derecho de F1).

8. La determinación de la ley que rige el crédito se hace también conforme a las reglas generales del Convenio (siempre, claro está, que el crédito sea contractual).

**Advertencia.**—Quizá convenga adelantar que la ley que rige el crédito cedido, individualmente considerado, nos determina «el carácter transferible del crédito», como dice el artículo 12.2; pero si el crédito, conforme a esa ley, es transferible, las condiciones en las que se transfiere no quedan sometidas esa ley, sino a la ley que rige el contrato entre cedente y cesionario.

**Convenio de UNCITRAL.**—Por su parte, en su capítulo V, el Convenio de UNCITRAL contiene también una regla paralela al artículo 12.2 CR 1980. Según el artículo 29: «La ley por la que se rija el contrato originario determinará los efectos de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, las rela-

---

<sup>9</sup> Se discute, no obstante si quedaría comprendida dentro de las cuestiones reguladas por el artículo 12.2.º la cuestión de si el cedente *debe necesariamente* participar en el proceso entablado por el cesionario frente al deudor, tal y como se establece en algunos ordenamientos. En nuestra opinión, con independencia de la naturaleza procesal o material del problema, la inclusión en el artículo 12.2.º parece estar avalada por el Informe Giuliano-Lagarde, según el cual, las condiciones bajo las cuales puede ser invocada la cesión, abarcan también los *procedimientos* requeridos para dar efecto a la cesión frente al deudor (*vid.* MOSHINSKY, pp. 619-620).

<sup>10</sup> Esto no se modifica por el hecho de que el crédito que opone el deudor cedido para compensar quede sometido a un ordenamiento distinto. En nuestro Derecho internacional privado la ley que rige el derecho a compensar es la ley aplicable al crédito que se pretende extinguir mediante compensación (*vid.* art. 6 del Reglamento europeo de insolvencia, *precepto que se debe extender también fuera de la quiebra*).

ciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en las que podrá oponerse la cesión al deudor y la cuestión de si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones».

En cuanto a la compensación, la regulación material del Convenio de UNCITRAL se limita a reconocer la posibilidad de que el deudor oponga una compensación frente al cesionario, tanto si ésta deriva del contrato originario o de cualquier otro contrato vinculado con la misma operación (art. 19.1.º), como si está basada en un derecho independiente (art. 19.2.º). Siguiendo una diferenciación habitual en el Derecho comparado<sup>11</sup>, en el primer caso la compensación podrá ser opuesta en cualquier momento, mientras que en el segundo el deudor sólo podrá oponer la compensación cuando hubiera podido ya invocar el derecho del que derive ésta en el momento de recibir la notificación. Quedan fuera de la regla material uniforme, y su regulación corresponde por tanto al ordenamiento nacional designado por el artículo 29, el resto de cuestiones, como la determinación de las defensas materiales y de los deudas excluidas de la compensación (p. ej., las de alimentos o las derivadas del salario), la exigencia o no de liquidez de la deuda, la manera en que tendrá lugar la compensación (de forma automática no) o, incluso, la determinación del momento desde el cual el deudor puede invocar el derecho a compensar—que, tal y como se acaba de apuntar, constituye una cuestión esencial para poder recurrir al art. 19.2.º—).

9. De todo lo anterior se puede sacar una conclusión muy sencilla: el artículo 12 lo que viene a establecer es un claro *principio de separación* entre «lo que sucede arriba» y «lo que sucede abajo». El primer apartado nos dice que por arriba sucede lo que quieran los interesados (cedente y cesionario); el segundo apartado nos dice que lo que pase *por arriba* no perjudica la posición del de *abajo* (el deudor). Este esquema analítico nos va a ser muy útil para resolver el problema principal que presentan este tipo de operaciones: su eficacia jurídico-real.

### 2.3 Alcance jurídico-real

10. Lo dicho hasta ahora es relativamente pacífico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Las mayores dificultades se presentan a la hora de determinar la ley aplicable, no ya a las cuestiones contractuales, sino a los aspectos jurídico-reales de la operación; esto es, a la hora de fijar *la ley aplicable a la transmisión de la propiedad sobre el crédito, y a la consiguiente oponibilidad de esa transmisión a los acreedores del cedente* (lo mismo vale, *muta-*

<sup>11</sup> Vid. Korz, pp. 88-93.

*tis mutandi*, cuando se pretende constituir un derecho real limitado sobre ese crédito).

**Advertencia.**—Antes de continuar, es necesario advertir de que, sobre este punto, se han defendido todas las soluciones imaginables. Para unos, esa cuestión está resuelta en el CR 1980, sin embargo, no se ponen de acuerdo sobre si se somete al apartado primero del artículo 12 o al apartado segundo. Para otros, esa cuestión no está resuelta en el CR 1980, porque queda fuera de su ámbito material de aplicación. Eso obliga a buscar la respuesta en las normas de conflicto nacionales. El problema es que no suele ser habitual que los Derechos nacionales den una respuesta expresa, lo que ha conducido a defender soluciones muy dispares<sup>12</sup>: la ley de residencia del cedente, la ley de residencia del deudor cedido o la misma ley que rige el crédito de este último. Esto nos demuestra, en definitiva, que, para resolver esta cuestión, hay que ir despacio, porque la confusión es notoria<sup>13</sup>.

11. Lo primero que tenemos que determinar es si esta cuestión, esto es, la «eficacia jurídico-real» de la cesión, es un aspecto que cae dentro del ámbito de aplicación material del CR 1980 o no. La razón no se le escapa a nadie. Si la respuesta fuese afirmativa, la consecuencia sería que la solución debemos buscarla en ese texto; si la respuesta fuese negativa, la respuesta ha de buscarse en las normas de conflicto nacionales.

a) *El ámbito material del CR 1980*

12. Sobre el problema de si el ámbito material del CR 1980 alcanza la eficacia jurídico-real de la cesión se han defendido tres soluciones:

a) Una solución afirmativa: el CR 1980 sí alcanza esa cuestión, y el problema, entonces, se reduce a decidir si es aplicable al apartado primero o el apartado segundo del artículo 12 (esto es, la ley que rige el contrato entre cedente y cesionario o la ley del crédito cedido).

b) Una solución negativa: el CR 1980 no se aplica a esa cuestión y, por lo tanto, hay que acudir a las normas de Dipr nacionales.

c) Una solución intermedia: el CR 1980 sólo se aplica al efecto traslativo *inter partes*, pero no frente a terceros (*i.e.*, acreedores del cedente); este aspecto queda sujeto a las normas de Dipr nacionales.

---

<sup>12</sup> El Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM (2002), 654, pp. 43 y 44, se hace eco de este problema.

<sup>13</sup> Esto comienza a ser una queja común entre los autores, *vid.* WALSH, p. 162, con más referencias.

13. Pues bien, aunque el texto del CR 1980 guarda silencio, *i.e.*, no resuelve expresamente el problema de la eficacia jurídico-real de la cesión, los argumentos más convincentes nos conducen a entender que estamos ante un silencio elocuente: *el CR 1980 guarda silencio porque no se aplica a esta cuestión*<sup>14</sup>.

En primer lugar, y así aparece reflejado en su título (ley aplicable a las obligaciones contractuales), el CR no regula la eficacia real de *ningún contrato* –de hecho, la *lex contractus* designada a través de sus normas de conflicto, ni siquiera regulan la totalidad de las cuestiones contractuales (*vid.* art. 10)–, sin que exista motivo alguno que induzca a pensar que se ha pretendido realizar una excepción con la cesión de créditos.

En segundo lugar, y con ello se refuerza lo anterior, la exclusión de los aspectos reales parece también deducirse del *argumento genético*<sup>15</sup>. Los proyectos iniciales del CR 1980 incluían expresamente una referencia a la eficacia frente a terceros de la cesión (e incluso a su eficacia frente al deudor); estas referencias fueron eliminadas precisamente para excluir cualquier posible efecto jurídico-real del ámbito de aplicación del Convenio<sup>16</sup>. Por otro lado, las continuas referencias en el Informe Giuliano/Lagarde a que «la interpretación de esta disposición no plantea ninguna dificultad» no se entienden si en él se hubiesen pretendido regular los aspectos jurídico-reales (pues es evidente que respecto a este extremo sí que plantea dudas y dificultades)<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Así, EINSELE, pp. 430-435; LAGARDE, p. 335; SINAY-CYTERMANN, p. 43; MOSHINSKY, p. 615; GOODE, p. 1229; MAYER, p. 488; KIENINGER, p. 690; STRUYCKEN, pp. 353-354; SINAY-CYTERMANN, pp. 39 ss.

<sup>15</sup> Para un desarrollo de este argumento, con las referencias apropiadas, *vid.* KIENINGER, pp. 687-691.

<sup>16</sup> Al parecer, la referencia a los efectos frente a terceros se eliminó a raíz de la intervención de las delegaciones danesa e irlandesa, para las cuales la eficacia frente a terceros no era una cuestión que debiese contemplarse en un convenio cuyo objeto se limita a obligaciones contractuales; otros Estados aceptaron esta idea, e incluso añadieron que el Convenio tampoco debía aplicarse a los conflictos entre distintos cesionarios (los documentos están citados en KIENINGER, p. 690).

<sup>17</sup> Es cierto que el tenor del Informe explicativo que acompaña al CR 1980 (el Informe Giuliano/Lagarde, publicado en el *DOCE*, serie C, de 11 de diciembre de 1992) no es todo lo claro que se quisiera. En él se señala lo siguiente: «Aunque el objeto y sentido de la disposición apenas planteen dudas, cabría preguntarse por qué el Grupo no ha redactado esta disposición de una manera más sencilla y, por consiguiente, más elegante. Por ejemplo, ¿por qué no decir que la transferencia de un crédito por convenio se rige, entre las relaciones entre cedente y cesionario, por la ley aplicable a dicho convenio? Efectivamente, una formulación de este tipo hubiera satisfecho en principio a la mayoría de las delegaciones. Pero más adelante fue abandonada a causa de las dificultades de interpretación que hubiera podido ocasionar en Derecho alemán, donde la expresión «transferencia de un crédito por convenio» incluye los efectos de la cesión con respecto al deudor, lo que, por el contrario, esta excluido de manera expresa en el apartado 2 del artículo 12». Al margen de la confusión terminológica, lo que parece que pretendían los delegados era formular un sistema que, sin entrar en los aspectos jurídico-reales, pudiese funcionar tanto para los siste-

En tercer lugar, esta interpretación encajaría mejor con un principio de neutralidad convencional. Hay ordenamientos que tienden a contemplar la cesión de créditos desde una perspectiva puramente contractual (sin perjuicio de que, si contractualmente se cumplen todos los requisitos, sea oponible a terceros), mientras que hay otros que tienden a desgajar los aspectos jurídico-reales de la cesión y someterlos a una conexión autónoma (derivada, por ejemplo, de la *lex rei sitae*)<sup>18</sup>; el silencio del CR 1980 confirmaría que se ha querido mantener neutral en este punto y lo único que ha pretendido es establecer unas reglas aplicables a los aspectos contractuales que sirviesen para ambos sistemas.

14. Es cierto que en contra de esta interpretación se han alegado dos argumentos: el de la uniformidad y el de la futilidad del artículo 12.1. Conforme al primero, la remisión de estos aspectos a los Dipr nacionales pone en peligro el objetivo de certeza y uniformidad normativa que persigue el Convenio<sup>19</sup>. No obstante, este argumento no es convincente. Por un lado, el propio CR 1980 admite cierta diversidad de soluciones en la medida en que hay otros aspectos de la relación contractual que no regula (p. ej., la capacidad). Por otro lado, la diversidad de interpretaciones, incluso dentro del propio CR 1980, sobre qué ley se aplica a los aspectos jurídico-reales, demuestra que esta vía hermenéutica tampoco asegura esa certeza y uniformidad normativa<sup>20</sup>.

Conforme al segundo argumento, si el artículo 12, y en concreto su apartado primero, no regulase los aspectos jurídico-reales de la cesión, ese precepto sería absolutamente fútil, ya que no añadiría nada: es obvio que los aspectos contractuales de la relación entre el cedente y el cesionario se rigen por la ley que rija su contrato<sup>21</sup>. No obstante, tampoco este argumento es definitivo. Se podría entender que la función propia del artículo 12 es establecer ese principio de separación, de tal modo que, salvaguardado el interés del deudor, la ley que rige el contrato entre cedente y cesionario se determina de manera autónoma: las partes pueden elegir libremente la ley aplicable, sin quedar vinculados por el *Forderungsstatut* y la cláusula de los vínculos más estrechos tampoco queda condicionada necesaria-

---

mas que siguiesen el *Trennungsprinzip* o principio de separación (abstractos o causalistas) como para los que se fundasen en el principio de unidad o *Einheitprinzip* (vid., KIENINGER, p. 689; vid., sin embargo, LANDO, p. 47). Uno de los autores del Informe confirmó posteriormente esa interpretación (LAGARDE, p. 335).

<sup>18</sup> Muy elocuente, sobre esta doble forma de aproximarse al problema, STEVEN/STRUYCKEN, p. 16; MOSHINSKY, p. 594.

<sup>19</sup> Insiste en este argumento el Hoge Raad, en su sentencia de 16 de mayo de 1997, en *N.I.L.Rev.*, 1998, pp. 129 ss.

<sup>20</sup> Vid. STADLER, *passim*.

<sup>21</sup> También emplea este argumento el Hoge Raad en la decisión citada.

mente por este último (*supra* núm. 4)<sup>22</sup>. Esto es, la función inmediata del artículo 12.1 sería decirnos que no hay una conexión accesorio del estatuto obligacional de la cesión con el estatuto del crédito cedido.

15. Dicho esto, hay dos datos que son importantes, sobre todo el segundo:

a) En primer lugar, y según se adelantó al comienzo, no tendríamos ningún inconveniente en aceptar la solución contraria. Es más, la veríamos con buenos ojos. Aunque, como hemos explicado, los datos objetivos llevan hacia una respuesta negativa, *i.e.* el CR 1980 deja fuera de su ámbito de aplicación los aspectos jurídico-reales de la cesión, aceptaríamos sin problemas una respuesta afirmativa. A nosotros no nos interesa ahora tanto que se aplique una norma u otra, cuanto la solución final; esto es, la determinación de la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de la cesión (sea dentro o fuera del CR 1980).

Decimos que «la veríamos con buenos ojos» porque pensamos que, una vez dentro del CR 1980, es más fácil justificar la solución mantenida en este trabajo que es, recuérdese, el sometimiento de todos los aspectos jurídico-reales a la ley que rige las relaciones entre el cedente y el cesionario. El llegar por fuera del CR 1980 a ese resultado, como vamos a comprobar, requiere un mayor esfuerzo argumentativo.

b) El que no quede cubierta por el CR 1980 esa cuestión *no significa que necesariamente la solución conflictual sea una ley distinta de la designada en el artículo 12*. El CR 1980 guarda silencio y, por lo tanto, se mantiene neutral sobre si los Estados pueden establecer una conexión autónoma para los aspectos jurídico-reales de la transacción o no. Ello implica que el Dipr nacional puede establecer una conexión autónoma para los aspectos traslaticios; o puede considerarlo como una cuestión sometida a la *lex contractus*. De hecho, la construcción dominante en Alemania es la que afirma que es una cuestión que queda fuera, pero sometida a la misma ley que la que señala el artículo 12.2. Nosotros vamos a comprobar que, pese a quedar fuera, va a estar sometida a la misma ley que señala el 12.1.

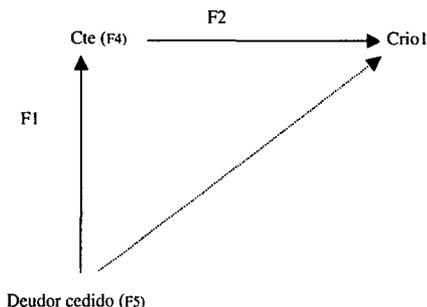
b) *La ley aplicable a la eficacia jurídico-real de la cesión*

16. Tal y como ya hemos avanzado, a la hora de determinar la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de esta operación se han

<sup>22</sup> KIENINGER, p. 689

propuesto básicamente cuatro soluciones: a) aplicar la ley que rige la relación entre el cedente y el cesionario; b) aplicar la ley que rige el crédito cedido (*Forderungsstatut*); c) aplicar la ley del domicilio del cedente; d) aplicar la ley del domicilio del deudor cedido.

Si volvemos un momento a nuestro ejemplo gráfico:



La primera opción nos llevaría a aplicar el Derecho de F2; la segunda, el Derecho de F1; la tercera, el Derecho de F4 y la última el Derecho de F5.

A partir de aquí vamos a comprobar que los argumentos sustantivos de mayor calado desaconsejan claramente la segunda y la cuarta opción, mientras que, entre las dos restantes, existen argumentos de mayor peso que aconsejan optar por la ley que rige la relación entre el cedente y el cesionario, en detrimento de la aplicación de la ley del domicilio del cedente. Nuestro objetivo consistirá en probar que, en ausencia de una solución expresa por parte de nuestro legislador, ésta es la que debe regir en nuestro Derecho vigente<sup>23</sup>. Y para ello el camino que vamos a seguir es el siguiente: primero señalaremos los argumentos que sostienen el recurso a la ley del contrato de cesión (básicamente, el interés de los sujetos participantes y la prevención de problemas de ajuste), y a continuación veremos que ni el interés del deudor ni el de terceros acreedores del cedente pueden invocarse para refutarla.

17. En primer lugar, no cabe duda de que el interés del cedente y el interés del cesionario hablan a favor de aplicar la ley que rige su contrato; esto es, de que el *Verfügungsstatut* o estatuto dispositivo no tenga una conexión autónoma (y objetiva), sino que quede sujeto a la misma ley que rige el *Verpflichtungsstatut* o estatuto obligacional<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> En este mismo sentido, aunque por otro camino y para otros ordenamientos, EINSELE, p. 433 (con límites); KOPPENEL-LAFORCE, p. 136; STADLER, *passim*; y la decisión del Hoge Raad, de mayo de 1997; más referencias en KIENINGER, pp. 692-693.

<sup>24</sup> Que esta solución es la más adecuada para los intereses de las partes es reconocido incluso por autores que apuestan por otras conexiones a la hora de regular las cuestiones reales (*vid. v. gr.*, REQUEJO, p. 221, o KIENINGER, p. 693, con referencias a la doctrina alemana).

En la medida en que la ley aplicable al contrato se determina conforme a las reglas generales del CR 1980, esta solución les permite elegir la ley que mejor se ajusta a sus necesidades transaccionales. Esto es particularmente importante para la planificación de operaciones de financiación empresariales muy comunes, como son la cesión global de créditos o la cesión de créditos futuros, pues las partes pueden someter la cesión de una pluralidad de créditos a un mismo ordenamiento y además escoger como ley aplicable la que ofrezca una mejor regulación de estas figuras. Reduce, además, los costes de información, ya que no tendrán necesidad de informarse de otra ley. Garantiza la certeza y, consiguientemente, la previsibilidad. Y, por último, esta solución sirve para señalar a los Estados cuál es la regulación mas adecuada a las necesidades operativas del mercado (por ejemplo, ha servido para que algún legislador se dé cuenta de que hacer de la notificación al deudor un requisito constitutivo de la cesión es absolutamente disfuncional<sup>25</sup>).

18 En segundo lugar, esta solución previene problemas de ajuste. La sumisión al mismo ordenamiento de los aspectos contractuales y de los aspectos jurídico-reales evita los problemas de ajuste, pues ambos aspectos de la operación quedan gobernados por la misma ley<sup>26</sup>.

19 En tercer lugar, y desde el punto de vista dogmático, esa solución encaja mejor en aquellos sistemas que, como el español: *a)* no distinguen entre un negocio obligacional y un negocio traslativo (al no ser necesario un negocio traslativo unitario e independiente del obligacional<sup>27</sup>, tampoco en sede conflictual se ve necesario establecer una conexión autónoma para él); *b)* y donde, además, el negocio obligacional es típicamente traslativo (al ser materialmente suficiente el consentimiento de cedente y cesionario para que se produzca la cesión, su reflejo conflictual es que se aplique la ley que rige la relación entre ellos)<sup>28</sup>.

20 Por último, la aplicación de la ley del contrato de cesión permite soslayar los problemas que plantean algunas modalidades contractuales caracterizadas por la existencia de una permuta de los créditos (p. ej., los *swaps*). Al poder elegir el derecho aplicable, las

---

<sup>25</sup> *Vid.*, de nuevo, la decisión del Hoge Raad de 16 de mayo de 1997. Algunos autores, no obstante, desconfían de la idoneidad de esta «competencia entre sistemas legales» al entender que con ella se produciría una *race to the bottom* en relación con la protección de los derechos de los terceros (*vid.* WALSH, C., p. 172). Como veremos en breve (*infra* núm. 22), este argumento tiene poca justificación.

<sup>26</sup> Señalando la trascendencia práctica de estos problemas, STADLER, p. 107; cfr. KIE-NINGER, pp. 694-695.

<sup>27</sup> Por todos, PANTALEÓN, 1988, pp. 1033-1131, *passim*.

<sup>28</sup> STADLER, p. 106.

partes gozan de la posibilidad de someter el marco jurídico-real de ambas cesiones a un único ordenamiento, evitando de esta forma los problemas que plantearía la aplicación de una ley diferente para cada crédito, algo que en absoluto garantizan el resto de alternativas expuestas.

21. Tal y como ya avanzamos, en contra de esta solución *no se debería invocar el interés del deudor*. Es cierto que la doctrina mayoritaria en otros países, especialmente en Alemania, considera que la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de la cesión es la ley que rige el crédito cedido (*i.e.*, el *Forderungsstatut*)<sup>29</sup>. Y esto se suele justificar a partir del interés del deudor. La ley aplicable al crédito cedido asegura que la cesión se produzca bajo las condiciones previstas por la ley que rige los derechos y obligaciones del deudor. Pero, a poco que se reflexione, este argumento resulta escasamente convincente. Por un lado, esta solución, al igual que cualquier otra vinculada al crédito cedido (p. ej., la ley de situación del *debitor debitoris*), haría enormemente costosas, o incluso imposibles, operaciones de financiación empresarial muy comunes en la práctica, como la cesión de créditos futuros (en el momento de celebración del contrato de cesión puede ser imposible de saber la ley que vaya a regir el crédito) o globales (donde puede haber muchos créditos sometidos a distintas leyes).

Pero, por otro lado, el argumento no se sostiene por sí mismo, ya que al deudor no se le protege a través de reglas jurídico-reales, esto es, de reglas vinculadas al acto de cesión de la propiedad sobre el crédito<sup>30</sup>. Una cosa es la eficacia jurídico-real de la cesión, lo cual no concierne al deudor si el crédito es transferible, y otra cosa distinta son el elenco de derechos y obligaciones que tiene el deudor y las condiciones en las que queda liberado. Éstas son las que conciernen al deudor. Y como se le protege es asegurando la aplicación del *Forderungsstatut* a estos aspectos. Ésa es la función del artículo 12.2. del CR 1980. Pero nada más; ir más allá perjudicaría notablemente el tráfico jurídico sin beneficiar realmente al deudor (de hecho, le acabaría perjudicando desde una perspectiva *ex ante*, ya que las rémoras a su transferibilidad aumentarían el precio del

---

<sup>29</sup> Vid. REITMANN/MARTINY, núm. marg. 300; MUNCHKOMM/MARTINY, núm. marg. 2; Von BAR, núms. margs., 565-567; recientemente, MANGOLD, *passim* (salvo *inter partes*) y la sentencia del BGH de 8 de diciembre de 1998, en JZ, 1999, p. 404; *vid.* más referencias en KIENINGER, p. 695. También la jurisprudencia inglesa parece haber seguido esta dirección, STEVENS, p. 200; MOSHINSKY, p. 591; STRUYCKEN, p. 349.

<sup>30</sup> Vid. EINSELE, p. 431; STADLER, p. 106; KOPPONL-LAFORCE, p. 136; *vid.*, también, *Report of the working group organized by the Hague Conference on Private International Law in cooperation with the UNCITRAL. Assignment of receivables*, pfo. 4.4 (puede consultarse en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

crédito). Como dijimos, si el crédito es transferible y se respeta la posición del deudor (incluidas las condiciones en las que se libera), lo que pase «por arriba», esto es, quién sea propietario, es algo que no le concierne. No hay razón, entonces, para sujetar este aspecto a la ley del crédito cedido.

La incorrecta comprensión del «principio de no empeoramiento del deudor cedido» ha provocado la sujeción de todos los aspectos jurídico-reales al ordenamiento del crédito cedido y, subsidiariamente, el fraccionamiento de las conexiones. Conforme a esta opción, se propone que la ley aplicable a los «aspectos jurídico-reales» sea distinta en función de los sujetos implicados: frente al deudor cedido rige la ley del crédito siempre, frente a terceros (p. ej., acreedores del cedente) pueden admitirse otras conexiones<sup>31</sup>. Esta opción debe rechazarse<sup>32</sup>. No sólo por las dificultades que introduce, sino sobre todo porque desenfoca el problema: la tutela del deudor cedido, como hemos dicho, no requiere acudir a reglas jurídico-reales.

22. La única dificultad que podría presentar la tesis de la aplicación de la ley que rige las relaciones cedente-cesionario se vincula a la *tutela del interés de terceros*. Al fin y al cabo, el acto de disposición a quien verdaderamente puede perjudicar no es al deudor (que queda amparado por el art. 12.2 CR 1980), sino a los terceros acreedores del cedente. Desde el momento en que se produce el cambio de titularidad, el crédito sale del patrimonio del cedente y entra en el del cesionario; consiguientemente, los acreedores del cedente no podrán ya realizar ese crédito para satisfacer los suyos. Es más, se añade, la aplicación de conexiones subjetivas (basadas en la autonomía de la voluntad) facilitaría la connivencia entre cedente y cesionario para perjudicar a los acreedores de aquél. Con el objeto de evitar esto no quedaría otro remedio que buscar conexiones objetivas «próximas» al cedente y a sus acreedores<sup>33</sup>.

**Advertencia.**—Para agotar los argumentos, también se ha alegado que una conexión vinculada a la persona del cedente (su domicilio o residencia) facilita la planificación de operaciones financieras como la cesión en masa, en la medida en que permite someter la totalidad de las cesiones a un único ordenamiento, o la cesión de créditos futuros, donde la utilización de conexiones vinculadas a la persona del deudor resulta imposible en gran número de casos, dado que generalmente se desconoce su identidad en el momento de la cesión<sup>34</sup>. No

<sup>31</sup> *Vid.*, entre otros, SYNAY-CYTERMANN, pp. 40 ss.

<sup>32</sup> Así, también, KIENINGER, *passim*; STRUYCKEN, p. 358; REQUEJO ISIDRO, p. 211.

<sup>33</sup> En esta línea, KIENINGER, pp. 702-703; REQUEJO, p. 222; VON WILMOWSKY, pp. 429-432; WALSH, pp. 171-175.

<sup>34</sup> *Vid.*, p. ej., GOODE, R., p. 1128; MOSHINSKY, p. 611; WALSH, C., p. 174.

obstante, y como ya hemos visto, este argumento sólo podría invocarse frente a quienes defiendan la aplicación de la ley del crédito cedido; no frente a quienes, como nosotros, defiendan la aplicación de la ley que vincula al cedente y al cesionario. En este caso, no cabe duda de que la aplicación de esta ley es la que mejor permite la planificación de ese tipo de operaciones.

Sin embargo, como vamos a ver, una reflexión detenida sobre este argumento tampoco nos termina de convencer.

Antes de nada, conviene subrayar que el interés de terceros no justifica en absoluto la aplicación de la ley del crédito cedido (*Forderungsstatut*)<sup>35</sup>. La razón es evidente. Desde la perspectiva de los terceros acreedores del cedente, tan manipulable y ajeno les es esta conexión como la aplicación del *Verpflichtungsstatut*. Si volvemos un momento a nuestro ejemplo gráfico, para los acreedores del cedente, tan ajeno y manipulable es el Derecho de F1, que convienen libremente el deudor cedido y el cedente, como el Derecho de F2; su interés, por lo tanto, no justifica que se aplique ni el segundo ni el primero. Por la misma razón, menos aún se justifica la aplicación de la ley del domicilio del deudor cedido (*debitor debitoris*).

**Advertencia.**—Esto nos permite comprender por qué están abocados al fracaso todos los intentos de resolver este problema en lógica de *lex rei sitae*. Aplicando esta lógica, algunos autores, e incluso cierta jurisprudencia extranjera, han hecho la siguiente construcción<sup>36</sup>: la *lex rei sitae* nos conduce al lugar donde se va a poder realizar/ejecutar el derecho real, en el caso de los créditos, el lugar de realización/ejecución es el del domicilio del deudor (*debitor debitoris*), luego ahí es donde se ha de entender localizado el crédito y ésa es la ley aplicable a la constitución de derechos reales sobre él. En nuestro ejemplo, este razonamiento nos llevaría a aplicar el Derecho de F5. El problema es que esa lógica funciona muy bien para los bienes tangibles, pero no lo hace igual de bien para los créditos. No sólo porque un crédito se pueda ejecutar, potencialmente, en cualquier Estado donde el deudor tenga bienes (viva en él o no), o porque esa regla no funcione para cesiones de créditos futuros o globales<sup>37</sup>, sino fundamentalmente porque, como hemos visto, a ninguno de los sujetos directa o indirectamente afectados en la operación les interesaría la aplicación de esa ley<sup>38</sup>.

Admitido esto, es necesario advertir también de que el artículo 2.g) del Reglamento comunitario de insolvencia no debe llevarnos a otra conclusión<sup>39</sup>. Aunque es cierto que contiene una regla sobre

<sup>35</sup> Vid. KIENINGER, pp. 697-699; STEVEN/STRUYCKEN, p. 16.

<sup>36</sup> Vid. las referencias en GOODE, p. 1129; MOSHINSKY, pp. 605-609; KIENINGER, p. 702.

<sup>37</sup> MOSHINSKY, p. 610; STEVEN/STRUYCKEN, pp. 16-17

<sup>38</sup> Así, también, KIENINGER, pp. 700-701.

<sup>39</sup> Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DOCE de 30 de junio de 2000).

localización de créditos y, además, que se remite al Estado del deudor cedido<sup>40</sup>, este precepto no tiene como finalidad determinar la ley aplicable a la constitución de derechos reales. Esto es una cuestión previa que queda fuera del Reglamento<sup>41</sup>. La única finalidad de ese precepto es delimitar hasta dónde alcanza territorialmente la masa de la quiebra<sup>42</sup>.

Rechazada tanto la aplicación de la ley que rige el crédito cedido como la de la ley del domicilio del deudor cedido, el interés de los acreedores del cedente sólo nos llevaría, se dice, a un resultado: *la aplicación de una conexión objetiva, no disponible por libre acuerdo del cedente y del cesionario, y vinculada a su persona; normalmente el domicilio o establecimiento del cedente*<sup>43</sup>. En nuestro ejemplo gráfico, la ley de F4.

**Convenio UNCITRAL.**—Ésta es la solución que se ha recogido en el Convenio UNCITRAL sobre cesión de créditos (art. 22) y que, por consiguiente, sería la regla positiva si fuese ratificado por España.

No obstante, mientras el legislador no la suscriba expresamente, esta solución, como hemos dicho, no nos acaba de convencer. Para evitar precomprensiones equivocadas, quizá convenga recordar algunas cosas. En primer lugar, en términos agregados y prospectivos, no se ve muy bien por qué hay que proteger a los acreedores del cedente y no proteger, por ejemplo, a los acreedores del cesionario. No olvidemos que el problema se reduce a decidir cuál de los dos se queda con la propiedad del crédito. En segundo lugar, el hecho de que salga un crédito del patrimonio del cedente no significa necesariamente que dicho patrimonio se reduzca; es más, si el contrato es sinalagmático y voluntario, lo más natural es que se incremente (lo cual beneficiaría a sus acreedores). En tercer lugar, también en términos prospectivos todo acreedor puede ser privilegiado y, por consiguiente, si quiere asegurarse el cobro sobre el crédito de su deudor, siempre puede pignorararlo o adquirirlo como garantía (en los sistemas que se permita)<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> El artículo 2.g) a la hora de definir dónde se encuentra un bien afirma que los créditos se han de reputar situados en «el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de los intereses principales del deudor», esto es, típicamente donde resida el *debitor debitoris*.

<sup>41</sup> *Vid. infra* núm. 24.

<sup>42</sup> Detenidamente, VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *passim*.

<sup>43</sup> KIENNINGER, pp. 678 ss.; Von WILMOWSKY, pp. 429 ss.; STRUYCKEN, p. 357; WALSH, pp. 171 ss.; aparentemente también, REQUEJO, *passim*. Limitándolo a las cesiones globales, GOODE, p. 1128.

<sup>44</sup> En el sistema español, pese al intenso debate doctrinal que esta cuestión ha suscitado, la atribución de efectos reales a la prenda de créditos es aceptada por la mejor doctrina (*vid.* PANTALEÓN, P., «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador con-

No creemos necesario insistir en que los acreedores, en general, no tienen un derecho a impedir que el deudor reduzca su patrimonio (salvo las reglas especiales de fraude); y, si quieren tenerlo, el ordenamiento les da la clave: que constituyan ellos un derecho real.

El corolario de las afirmaciones anteriores, en términos de ley aplicable, es fácil de apreciar: los terceros no tienen unas expectativas protegidas a cobrarse sobre los créditos del *cedente* con base en lo que disponga su ley<sup>45</sup>. Las expectativas que pudiesen fundarse en la apariencia, cuando se trata de bienes tangibles, no se dan en el caso de los créditos (o dicho de otro modo, los terceros «no ven» los créditos en el domicilio del cedente); tan es así, que los requisitos exigidos por los Derechos materiales no suelen asegurar la publicidad frente a futuros acreedores<sup>46</sup>. Y el cedente es libre de disponer de su patrimonio como quiera; la regla es la libre transmisibilidad. Por ello, la aplicación de la ley del cedente limitaría significativamente la autonomía de los sujetos interesados, sin apoyarse en razones sustantivas.

Entre quienes abogan por la aplicación de la ley de residencia del cedente se suele invocar el siguiente argumento<sup>47</sup>: la ley del lugar donde vive el cedente es a donde deberán mirar los futuros acreedores, o incluso futuros cesionarios, para saber si el crédito está ya cedido; esa ley, además, contará con un sistema de registro que garantice certeza a las partes. Pues bien, este argumento es muy relativo. La primera parte no es verdad, ya que no basta con «mirar a una ley» para saber si el crédito está ya cedido. Para saber esto, normalmente, los acreedores tendrán que dirigirse al cedente y preguntárselo. La segunda parte tampoco es cierta: hay muchos ordenamientos que no tienen un sistema de registro; con lo cual, para cedentes ahí localizados el argumento no funciona<sup>48</sup>. De todos modos, *ex ante* a quien más interesa dar una imagen de solvencia será al propio cedente, por ello, si quiere asegurar a futuros acreedores (o cesionarios) que el crédito no está cedido, lo más probable es que él mismo escoja como ley aplicable la suya o la de otro Estado donde tengan un sistema de registro.

---

cursal», *Revista Jurídica Española La Ley* 1997, D 316, pp. 1460 ss.), ha sido ya reconocida por la Jurisprudencia (SSTS de 19 de abril de 1997 (RAJ 3429), de 7 de octubre de 1997 (RAJ 7101) y de 13 de noviembre de 1999 (RAJ 9046) y parece haber sido confirmada definitivamente por la Ley Concursal (art. 90.1.6.º), al otorgarla idéntico tratamiento que a la prenda ordinaria (privilegio especial).

<sup>45</sup> Así, STADLER, p. 108.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> MOSHINSKY, p. 617; *vid.*, también, aunque crítica, KIENINGER, p. 694.

<sup>48</sup> Especialmente revelador el trabajo de SCHWARCZ, pp. 455-476; *vid.*, asimismo, WALSH, pp. 183-184. La inexistencia de un sistema de registro en gran parte de Estados es, de hecho, el motivo por el que el § 9-307 (c) del UCC establece que si el cedente reside en un Estado extranjero que no tiene un sistema de registro, se le considerará domiciliado en el Distrito de Columbia (y, por consiguiente, si no se registra allí la cesión –pagando el canon correspondiente, claro está–, no va a gozar de preferencia, aunque la tuviese conforme a la ley del cedente).

Por último, también puede alegarse que la conexión con la residencia del cedente puede ser difícil de identificar cuando éste tiene varios establecimientos repartidos en diferentes países<sup>49</sup> y, además, es mudable (el cedente puede cambiarla), lo cual plantea nuevos problemas<sup>50</sup>.

23. La única parte de verdad que hay en el argumento de los terceros es la posibilidad de manipulación que permite la sujeción de los aspectos jurídico-reales al *Verpflichtungsstatut*<sup>51</sup>. Pero esto no justifica que la prevención de fraude se convierta en el objetivo único de la regla. Para prevenir el fraude es suficiente con la aplicación de las reglas generales (las acciones de impugnación de actos en fraude de acreedores o las acciones de impugnación en el caso de la quiebra), las cuales tienen su propio régimen conflictual (normalmente, acaban conduciendo a la ley del cedente). Las acciones concursales de impugnación de los actos celebrados en fraude de acreedores, por ejemplo, lo más habitual es que se sometan a la *lex fori concursus* [vid. art. 4.2.m) del Reglamento comunitario de insolvencia, aunque vid. también art. 13]. La *lex fori concursus* coincidirá con la ley del cedente y, en este sentido, los acreedores quedan amparados por dicha ley. Pero su interés no justifica ir más allá (esto es, no justifica someter todo el régimen jurídico-real a esa misma ley, pues el fraude no es la conducta típica).

Téngase en cuenta, también, que la ley del cedente tampoco evita completamente el oportunismo *ex post*, pues el cedente puede trasladar su domicilio de un país a otro cuya ley le sea más favorable.

24. En definitiva, en el sistema de Derecho internacional privado vigente, el silencio sobre la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de la cesión debe colmarse extendiendo (*praeter* Derecho nacional) el artículo 12.1 CR 1980 y sujetándolos, por consiguiente, a la ley que rige la relación entre cedente y el cesionario.

**Advertencia 1.**—Esto significa que la prueba de la cesión también quedará sujeta a las reglas generales del CR 1980 (*supra* núms. 4 ss.).

**Advertencia 2.**—En el caso de cesiones limitadas o de prendas de créditos, es aplicable el mismo razonamiento. La eficacia jurídico-real de la prenda queda sometida a la misma ley que rige el contrato base.

---

<sup>49</sup> El Convenio de UNCITRAL sobre cesión de créditos es consciente de este problema. Según el artículo 5.h), el lugar de situación de una persona es el de su centro de negocios; ahora bien, en el caso de que el cedente o el cesionario tuvieran un centro de negocios en más de un Estado, el lugar relevante será aquél desde el cual se ejercitara la administración central. Lo cual no deja de plantear problemas de concreción.

<sup>50</sup> MANGOLD, p. 195.

<sup>51</sup> MOSHINSKY, pp. 604-605.

### 3. PLURALIDAD DE CESIONES

25. En los supuestos de pluralidad de cesiones, la solución que proponemos en este trabajo nos puede plantear algunas dificultades en el caso de que el contrato del que derivara cada una de las cesiones quedara sometido a un ordenamiento diferente (en nuestro ejemplo, la del Crio1 al Derecho de F2 y la del Crio2 al Derecho de F3), dificultades que han sido esgrimidas por parte de la doctrina como argumentos a favor de la bondad de otras conexiones como la aplicación de la ley del cedente<sup>52</sup> o la ley del crédito cedido<sup>53</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, al margen de que las otras dos alternativas pueden plantear también problemas en los supuestos de doble cesión<sup>54</sup>, las dificultades que presenta la aplicación de la ley del contrato de cesión son fácilmente subsanables.

**Advertencia.**—En algunos ordenamientos el problema de la doble cesión y los conflictos de prioridad entre cesionarios se considera una cuestión relativa a la transferibilidad del crédito y no una cuestión de naturaleza real, al entenderse que una vez cedido un crédito, el cedente ya no posee ningún tipo de derecho sobre él, y, por tanto, no podría transferirlo de nuevo, lo que podría inducir a pensar que estas cuestiones quedarían incluidas dentro del ámbito de aplicación del CR y que su regulación correspondería al artículo 12.2.º<sup>55</sup>. Tal interpretación debe, sin embargo, ser rechazada<sup>56</sup>. Como ya hemos señalado, la función del artículo 12.2.º es una función de protección de la posición del deudor, y, por tanto, el elenco de cuestiones por él reguladas debe limitarse a lo estrictamente necesario para garantizar que el marco de los derechos y obligaciones del *debitor debitoris* no se vea alterado como consecuencia de la incertidumbre asociada a la existencia de más de un cesionario, manteniendo inmutables las condiciones en las que quedaría liberado de su obligación. De esta forma, lo realmente relevante para el deudor en los supuestos de doble cesión no es pagar al verdadero propietario sino tener la certeza de que quedará liberado de su deuda. En consecuencia, queda dentro del artículo 12.2.º y sometido a la ley del crédito cedido el comportamiento que puede adoptar en los casos en los que dude de la identidad de su verdadero acreedor (consignación de la deuda, posibilidades de notificación a los eventuales acreedores, etc.); ahora bien, una vez determinado que el crédito es transmisible por no existir ningún tipo de limitación legal o contractual a la cesión, el sujeto

---

<sup>52</sup> KIENINGER, p. 703.

<sup>53</sup> STADLER, p. 109

<sup>54</sup> En el caso de la ley del crédito cedido, se mantiene el problema de su inadaptación a las cesiones (dobles en este caso) en masa y de créditos futuros. En cuanto a la ley del cedente, podría suceder, por ejemplo, que éste trasladara su Estado en el intervalo comprendido entre una y otra cesión, con lo que los efectos reales de cada cesión también podrían quedar regulados por diferentes Derechos.

<sup>55</sup> MOSHINSKY, pp. 621-622.

<sup>56</sup> Así, STRUYCKEN, p. 357, nota núm. 51.

a quien realmente se haya transmitido el crédito resulta –o debe resultar– indiferente para el deudor, y, por tanto, también para el artículo 12.2.º

A las críticas a la aplicación de la ley de la relación entre el cedente y el cesionario, nuestra respuesta sería la siguiente: *a)* si el resultado material de aplicar ambas leyes coincide, ha de seguirse esa solución (p. ej., ambas, F2 y F3, dan preferencia al cesionario que hizo constar la cesión en escritura pública; si, por ejemplo, el Crio1 cumplió con ese requisito mientras que el Crio2 no lo hizo, prevalece, entonces, el derecho del primero). *b)* Si el resultado material es diferente, deberá prevalecer el derecho de aquél que haya adquirido primero conforme a la ley aplicable a su cesión (p. ej., conforme a F2 prevalece la primera cesión que conste en escritura pública, mientras que conforme a F3 prevalece la primera que le fuese notificada al deudor; asumamos que el Crio1 celebró la escritura pública antes que el Crio2; pero éste le notificó antes al deudor; pues bien, en este caso tendrá preferencia el derecho sobre el crédito del Crio1 si éste celebró la escritura antes de que el Crio2 realizara la notificación, y, viceversa, prevalecerá el derecho del Crio2 si realizó la notificación antes de que el otro cesionario celebrara su escritura).

**Convenio UNCITRAL.**—El Convenio de UNCITRAL ha optado por una solución distinta. En principio, la eficacia «jurídico-real» se ha querido someter a la ley donde esté situado el cedente, aunque el tenor del precepto no emplea esos términos (*vid.* art. 22 refiriéndose a la preferencia o prelación frente a cualquiera que alegue un derecho sobre el mismo crédito<sup>57</sup>). Si se revisa la génesis del Convenio, se aprecia que esa conexión se formuló con el objeto principal de resolver los conflictos de prioridad entre varios cesionarios; pero finalmente se generalizó para evitar establecer conexiones diferentes según entre quienes se plantease el conflicto (cedente/cesionario, cesionario/acreedores del cedente o cesionario1/cesionario2). También se argumentó a su favor que esta solución eliminaría en gran medida el recurso al orden público o a la aplicación de normas imperativas, ya que lo más habitual sería que el foro donde se litiga sea el del domicilio del cedente; así como que la *lex concursus* o la ley aplicable a la impugnación de actos en fraude de acreedores condujesen a ese mismo ordenamiento. Mientras este Convenio no sea parte de nuestro Derecho positivo, creemos que esta solución no es aceptable de *lege lata*. Sobre su aceptabilidad de *lege ferenda*, tenemos nuestras dudas, por los argumentos sustantivos invocados *supra* núms. 17 ss.

<sup>57</sup> *Vid.* WALSH, pp. 188-189 (explicando que el término «prelación» se quiso emplear como sinónimo de eficacia jurídico-real de la cesión).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- EINSELLE: «Rechtswahlfreiheit im internationale Privatrecht», *RabelsZ*, 1996, pp. 419 ss.
- GOODE: *Commercial Law*, 2.<sup>a</sup> ed., 1995.
- KIENINGER: «Das Statut der Forderungsabtretung im Verhältnis zu Dritten», *RabelsZ*, 1998, pp. 678 ss.
- KOPPONEL-LAFORCE: «The Proprietary Aspects of an International Assignment and Article 12 Rome Convention», *NILR*, 1998, pp. 129 ss.
- KOTZ: «Rights of Third Parties. Third Parties Beneficiaries and Assignment», *IECL*, cap. XIII (1990), pp. 88-93.
- LAGARDE: «Le nouveau droit international privé après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1991, pp. 335 ss.
- LANDO: «The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Noncontractual Obligations», *RabelsZ*, 1974, pp. 6 ss.
- MANGOLD: *Die Abtretung im Europäischen Kollisionsrecht*, 2001.
- MAYER: *Droit international privé*, 1994.
- *Münchener Kommentar zum BGB-Martiny*, 3.<sup>a</sup> ed., 1998.
- MOSHINSKY: «The Assignment of Debts in the Conflict-of-Laws», *LQRev.*, 1992, pp. 591 ss.
- PANTALEÓN PRIETO: «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, pp. 1033 ss.
- «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997, D 316, pp. 1460 ss.
- REQUEJO ISIDRO: *La cesión de créditos en el comercio internacional*, 2002.
- SCHWARZ: «Towards a centralized perfection system for cross-border receivables financing», *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 1999, pp. 455 ss.
- SINAY-CYTERMANN: «Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1992, pp. 43 ss.
- STADLER: «Der Streit um das Zessionsstatut-eine endlose Geschichte?», *IPRax*, 2000, pp. 104 ss.
- STEVENS: «The Law Applicable to Priority in Shares», *LQR*, 1996, pp. 198 ss.
- STEVEN/STRUYCKEN: «Assignment and the Rome Convention», *L. Q. Rev.*, 2002, pp. 15 ss.
- STRUYCKEN: «The Proprietary Aspects of International Assignments of Debts and the Rome Convention», *LMCLQ*, 1998, pp. 345 ss.
- VIRGÓS: «Las cosas y los Derechos reales», en GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.<sup>a</sup> ed., 1995, pp. 241 ss.
- VIRGÓS SORIANO, GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Comentario al Reglamento Europeo de insolvencia*, Madrid, 2003 (en prensa).
- VON WILMOWSKY: *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 1996, pp. 429 ss.
- WALSH: «Receivables Financing and the Conflicts of Laws: the UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade», *Dick. L. Rev.*, 2001, pp. 159 ss.