

Cesión de deudas

1.148. *Enunciación.* Estudiaremos esta materia a través de los siguientes aspectos:

- 1º Concepto;
- 2º Desarrollo y derecho comparado;
- 3º Las formas de la cesión de deudas, y
- 4º La cesión de deudas en el derecho chileno.

1.149. I. *Concepto.* Como ya lo hemos advertido reiteradamente, estamos ante una institución en pleno y total desarrollo, según lo veremos más detenidamente en el número siguiente.

La cesión de deudas en la mayoría de sus figuras posibles viene a ser, en el aspecto pasivo de la obligación, lo que la cesión de créditos desde el punto de vista del acreedor. Así como éste traspasa su acreencia con todas sus garantías, el deudor puede también traspasar por acto entre vivos su deuda.

Recordemos de antemano que la denominación misma resulta bastante incorrecta, pues supone que es el deudor quien traspasa su deuda, en circunstancias que uno de los posibles casos es un convenio entre el nuevo deudor y el acreedor, sin intervención del antiguo deudor, para que aquél "asuma" su deuda. Sin embargo, la seguiremos usando únicamente porque es la que más se ha difundido entre nosotros (Nº 1.151).

Superados los inconvenientes doctrinarios que fundaron la inmovilidad de la obligación, no hay inconveniente en estos tiempos de despersonalización de ella, para aceptar doctrinariamente la institución, pero sí que subsisten muchos tropiezos prácticos que dificultan su difusión, y veremos que normalmente, en lo principal, se llega a muchas conclusiones del derecho clásico en la materia.

La diferencia de la cesión de deudas con la novación y delegación antes estudiadas, deriva de que en éstas se establece una nueva obligación, ya sea en reemplazo de la del deudor primitivo (novación por cambio de deudor) o conjuntamente con la de éste como codeudor solidario o subsidiario (delegación imperfecta); en la llamada cesión de deudas, un tercero toma para sí la misma obligación del deudor primitivo, quedando éste librado. Es la fórmula químicamente pura, por así decirlo, de la institución.

Si es la misma obligación la que toma sobre sí el nuevo deudor, fluiría como consecuencia lógica y natural que ella continúa con todos sus accesorios (intereses, cauciones, prescripción ya corrida, etc.), y además, que el nuevo deudor podría oponer al acreedor todas las excepciones que tenía el primitivo.

Sin embargo, ni la cesión de deudas puede funcionar como la cesión de créditos, ni tampoco producir libremente los efectos señalados principalmente por las siguientes razones:

1º Siempre requiere el consentimiento del acreedor.

La cesión de créditos puede hacerse contra la voluntad del deudor; basta notificarlo. La cesión de deudas en ninguna de sus formas y en ninguna legislación puede tener lugar contra la voluntad del acreedor, por la razón tantas veces señalada de que a éste nunca le dará lo mismo un deudor que otro;

2º Extinción de las cauciones.

En la cesión de créditos se traspasan todas las cauciones reales y personales que garantizan la obligación. En la llamada cesión de deudas no se ha podido establecer un sistema igual, porque tampoco al que ha constituido tales garantías, si es un tercero ajeno a la relación, le puede significar lo mismo por quién está respondiendo. Por ello se requiere su consentimiento para que ellas continúen afectando a la obligación, lo que equivale a la reserva en la novación (Nº 1.114) (Arts. 418, Código alemán, 1.275 del italiano, etc.);

3º Excepciones del nuevo deudor.

En general, se reconoce que éste puede oponer las excepciones provenientes de su relación con el acreedor, pero no las que derivan de su propia relación con el antiguo deudor. Hasta aquí no hay diferencias con la novación y delegación clásicas. El problema se plantea en cuanto a si puede oponer las excepciones del antiguo deudor, y hay una cierta tendencia a negárselo en las personales de éste (Art. 179 del Código suizo, Art. 1.272, inc. final del Código italiano).

En todo lo demás, modalidades, intereses, prescripción ya corrida, etc., la obligación del nuevo deudor es la misma anterior, y en esto estriba la mayor diferencia con las instituciones clásicas. Además de que según veremos, ella puede ser acumulativa, o sea, sin liberar al deudor primitivo, jugando el mismo papel de la delegación imperfecta clásica.

Por último, digamos que adquiere importancia en ciertos casos especiales que luego señalaremos.

1.150. II. *Desarrollo y derecho comparado.* Ya hemos destacado la posición clásica, que tras bastante tiempo llegó a aceptar la transmisión pasiva de la obligación, y que por acto entre vivos no aceptó jamás el traspaso o adquisición de deudas; para que ello ocurriera exigió la extinción de ella, para dar nacimiento a una nueva, o la acumulación de ésta a la anterior.

En el Derecho alemán se produjo la reacción contra esto, a través del Código prusiano de 1794 y la obra del jurista Delbruck, del año 1853, seguido por otros, como Windscheid, todo lo cual se tradujo finalmente en la dictación del Código alemán que destinó la Sección V del Libro 2º, Arts. 414 a 419, para reglamentar la "Cesión de deudas".¹¹⁷⁵ Este Código contempla varias posibilidades de cesión, que citaremos más adelante, pero fundamentalmente un pacto entre el nuevo deudor y el acreedor (Art. 414), y entre el antiguo y el nuevo que requiere para su eficacia la aceptación del acreedor (Art. 415); también se preocupa de la adquisición de un inmueble hipotecado (Art. 416) y de la adquisición de la "fortuna" del deudor por un tercero (Art. 419).

El Código alemán ha inspirado la solución de los Códigos de este siglo, principalmente del suizo, polaco, griego, mejicano (Arts. 2.051 a 2.057), el ya citado Proyecto Babiloni, en Argentina, etc.

En cambio, el Código italiano siguió una línea propia, recogiendo modificadas las instituciones clásicas de la delegación y expromisión, a las cuales se agrega una tercera figura, que es una convención entre el deudor y un tercero para que éste asuma la deuda del primero ante el acreedor (Capítulo 6º del Libro 4º Arts. 1.268 a 1.276).

Creemos que este Código ha dado la solución adecuada al problema; ha optado por reglamentar las situaciones posibles (que veremos

¹¹⁷⁵ Un estudio bastante completo y de primera mano de las disposiciones de dicho Código, en Aída Figueroa de Insunza, *De la Asunción de Deudas*, M. de P., Imprenta Relámpago, Santiago de Chile, 1948, aunque no compartimos sus conclusiones.

Las disposiciones del Código alemán en Mazeaud, ob. cit. Parte 2ª, T. 3º, págs. 528 y siguientes.

Véase Gonzalo Figueroa Yáñez, *La asunción de deudas y la cesión de contrato*, Editorial Jurídica de Chile, 1984, aunque no comparto sus conclusiones.

en el Nº siguiente), modificando para ello en cuanto lo estimó necesario las instituciones ya existentes.

1.151. III. *Las formas de la cesión de deudas.* Básicamente las figuras principales que pueden darse son las siguientes:

- 1º Convención entre el primitivo deudor, el nuevo y el acreedor;
- 2º Convención entre el deudor nuevo y el acreedor;
- 3º Convención entre ambos deudores, el antiguo y el nuevo;
- 4º Convención entre el deudor antiguo y el acreedor;
- 5º Acumulación de un nuevo deudor;
- 6º Adquisición de un inmueble hipotecado, y
- 7º Adquisición de una universalidad.

Los veremos en los números siguientes, pero antes queremos referirnos justamente a la designación de la institución.

Como decíamos, ninguno de los nombres que se han dado parece plenamente satisfactorio; el de cesión de deudas no comprende justamente la figura del Nº 2º, esto es, la posibilidad de acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, sin intervención del antiguo, en que no hay cesión sino adquisición, toma de la obligación.

Por ello se ha propugnado la designación de asunción de deuda, pues el nuevo deudor "asume", hace suya la obligación del antiguo deudor, aun sin su consentimiento, y ella ha tenido bastante éxito, pero tampoco incluye una figura posible: la convención entre deudor antiguo y acreedor.

Finalmente, se habla de sucesión singular en la obligación, pero ya hemos destacado que la expresión "sucesión" evoca la idea de los actos por causa de muerte entre nosotros, por lo que tampoco resulta apropiada.

De ahí que deba seguirse hablando de cesión o asunción de deudas, con la salvedad de que el nombre no es apropiado.

1.152. A. *Convención entre las tres partes.* Es la situación más simple; el acuerdo lo suscriben el antiguo deudor, el nuevo y el acreedor, y equivale a la delegación, con la variante de que es la misma obligación la que asume el nuevo deudor, con las limitaciones señaladas en el Nº 1.149.

En la cesión de deudas, como en la novación por cambio de deudor, puede faltar el consentimiento del antiguo deudor, pero no puede omitirse el del nuevo, ni tampoco al acreedor.

Frente a la convención en estudio, el acreedor puede tomar las mismas dos posiciones que en la delegación:

1º Dar por libre al primitivo deudor, en cuyo caso queda como único deudor el nuevo, y

2º No darlo por libre, en cuyo caso se produce la acumulación de deudores, que veremos en el Nº 1.156.

1.153. B. *Convención entre el nuevo deudor y el acreedor.* Se parece esta situación a la expromisión, esto es, la novación por cambio de deudor, sin el consentimiento del anterior obligado.^{1.176} La diferencia es la ya señalada: el nuevo deudor asume la misma obligación y no otra diferente.

Se parece también a la estipulación a favor de otro, ya que el nuevo deudor y el acreedor han convenido un beneficio para el antiguo, su liberación de la deuda, o en todo caso su pago por un tercero, pero no se requiere la aceptación del beneficiario, que es el deudor librado.

En virtud de esta convención, puede ocurrir al igual que en el caso anterior, que el nuevo deudor quede liberado, o simplemente se le acumule otro a la obligación, situación que veremos en el N° 1.156.

1.154. C. *Convención entre los deudores, antiguo y nuevo.* O sea, por un acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo, éste se compromete a pagarle al acreedor, convención a la cual posteriormente puede adherir éste, dando o no por libre al primitivo.

En todo caso subsiste la obligación del nuevo deudor con el antiguo para cumplir por él.^{1.177}

^{1.176} El Art. 414 del Código alemán contempla esta situación en los siguientes términos; "mediante contrato celebrado con el acreedor, una deuda puede ser tomada a su cargo por un tercero, de modo que este tercero ocupe el lugar y puesto del deudor anterior". A este pacto se aplican los Arts. 417 en cuanto a las excepciones del nuevo deudor, y el 418 de la garantía. En virtud del primero, el cesionario puede oponer las excepciones de la obligación asumida (el Código suizo elimina las personales del primitivo deudor), pero no la compensación de un crédito del deudor primitivo, ni las que deriven de las relaciones entre éste y el nuevo (acto abstracto). En virtud del Art. 418, según hemos dicho, se extinguen las cauciones si quienes las han constituido no aceptan la cesión, y el privilegio no puede ser invocado en la quiebra del cesionario.

El Art. 1.272 del Código italiano trata de esta situación bajo el nombre de expromisión; si el acreedor no libera al anterior deudor, el asunto queda obligado solidariamente con éste. Puede oponerle las mismas excepciones del deudor primitivo, salvo las personales de éste, ni la compensación ni las derivadas de hechos posteriores a la expromisión; tampoco puede invocar las que provengan de sus relaciones con el deudor anterior.

^{1.177} De esta situación se preocupa el Art. 415 del Código alemán, que deja sujeta su eficacia a la aprobación del acreedor, que no puede tener lugar sino una vez que el deudor o el tercero le hayan hecho saber su cesión al acreedor. Hasta ese momento las partes pueden anular o modificar el contrato; puede además fijarse un plazo al acreedor para que dé su aprobación, pasado el cual se entiende que la niega. Denegada la aprobación, la cesión es nula. A esta figura se aplican las normas vistas en la nota anterior en cuanto a excepciones y garantías.

El Art. 329 del Código alemán contempla la asunción de cumplimiento, que es un pacto en que no interviene el acreedor; el nuevo deudor se obliga únicamente con el antiguo a cumplir por él. Si en las otras figuras el acreedor no da por libre al antiguo deudor, se produce también la asunción de cumplimiento.

Se trata de una institución muy semejante a la delegación, que será novatoria cuando el acreedor da por libre al deudor, e imperfecta en el caso contrario; por igual razón se asemeja a la estipulación a favor de otro.

Si el acreedor no interviene en la cesión, ésta toma el nombre de asunción de cumplimiento, y el compromiso produce relaciones únicamente entre ambos deudores; el llamado asuntor se obliga con el antiguo deudor a pagar por él.

1.155. D. *Convención entre deudor antiguo y acreedor.* Es una convención en la cual el deudor acuerda con el acreedor que la deuda la pagará un tercero.

Naturalmente que éste no adquiere obligación alguna mientras no dé su aceptación; el antiguo deudor quedará libre o no a la aceptación del nuevo deudor, según se haya convenido con el acreedor.

En el fondo, equivale a una promesa de hecho ajeno (N° 135).

1.156. E. *La asunción acumulativa.* Vimos que en la delegación imperfecta, y, en general, cuando el acreedor no da por libre al deudor primitivo, queda con dos deudores, éste y el nuevo (ad-promission).

En las convenciones antes señaladas se produce igual fenómeno, y se las llama acumulativas o de refuerzo por cuanto el acreedor aumenta el número de sus deudores.

En algunos casos el nuevo deudor queda obligado solidariamente con el antiguo; en otros, se da una solución que es mezcla de solidaridad y fianza: si el acreedor ha aceptado al nuevo deudor, sin dar por libre al antiguo, no puede dirigirse contra éste si antes no ha pedido el cumplimiento al nuevo,^{1.178} esto es, una especie de beneficio de excusión del primer deudor.

Por su parte el Código italiano contempla en el Art. 1.273 la "responsabilidad de un tercero", que es una convención entre el deudor y un tercero para que éste asuma la deuda del primero; el acreedor puede adherir a ella, haciendo irrevocable la estipulación a su favor, lo que implica la liberación del deudor si el acreedor lo declara expresamente o ésta era condición expresa de la estipulación. Si no hay liberación, el nuevo deudor queda obligado solidariamente. El tercero queda obligado frente al acreedor que se ha adherido a la asunción, y puede oponerle las excepciones fundadas en el contrato en cuya virtud se ha verificado la asunción.

El Art. 1.269 por su parte contempla la delegación de pago: si el deudor ha delegado a un tercero para realizar el pago, dicho tercero puede obligarse frente al acreedor, salvo que el deudor lo haya prohibido. El delegado no está obligado a aceptar el encargo, aun cuando sea deudor del delegante, salvo los usos contrarios.

^{1.178} Así ocurre en el Código alemán y en lo que el Art. 1.268 del Código italiano llama "delegación acumulativa": "si el deudor asigna al acreedor un nuevo deudor, el cual se obliga frente al acreedor, el deudor originario no queda liberado de su obligación, salvo que el acreedor declare expresamente liberarlo. Sin embargo, el

1.157. F. *Adquisición de un inmueble hipotecado.* Ya hemos citado varias veces el caso de la adquisición de un inmueble que se encuentra hipotecado a favor de un enajenante anterior o un tercero, y en que el adquirente en pago del precio se hace cargo de la deuda hipotecaria (N^{os} 1.131 y 1.144).

Esta situación ha estado presente en el desarrollo del problema de la cesión de deudas por su frecuencia, y porque por el carácter real de la hipoteca, el adquirente, en cuanto tercer poseedor de la finca hipotecada, puede ser perseguido por el acreedor. De ahí que tenga un gran interés, a su turno, en que la deuda hipotecaria se cancele, y la seguridad que toma es hacerla suya con cargo al precio.

En los Códigos modernos esta asunción se efectúa en cualquiera de las formas antes señaladas, pero el alemán le ha dedicado un precepto especial, el 416, cuya principal característica es establecer que el enajenante es el único que puede notificar al acreedor, y sólo una vez que el adquirente ha sido inscrito como dueño; el acreedor no puede aprobar la cesión antes de ser notificado.

1.158. G. *Adquisición de una universalidad.* Al hablar de los efectos del contrato, nos referimos al problema del traspaso de universalidades (N^o 113), al atraso de nuestra legislación en la materia, y a la tendencia esbozada ya en las extranjeras de abordar el problema desde el punto de vista de la empresa, como organización jurídica.

En esta parte sí que adquiere importancia la señalada institución del traspaso de deudas; así, el Art. 419 del Código alemán dispone que "si una persona adquiere por contrato la fortuna de otra, sus acreedores, sin perjuicio de la responsabilidad del deudor anterior, que continúa existiendo, pueden invocar, a partir de la conclusión de ese contrato, los derechos existentes contra el cesionario en la época de la cesión. La responsabilidad del cesionario se limita al importe de la fortuna cedida y a los derechos que adquiriera en virtud del contrato. Si invoca esa limitación, procede aplicar por analogía las disposiciones de los artículos 1.990 y 1.991 relativos a la responsabilidad de los herederos. La responsabilidad del cesionario no puede ser excluida ni restringida por una convención entre él y el deudor anterior".

Términos muy semejantes, pero con limitaciones de tiempo (dos años), establece el Art. 181 del Código suizo.

Por su parte, el Art. 2.560 del Código italiano dispone: "El enajenante no queda liberado de las deudas inherentes al ejercicio de la

acreedor que ha aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse contra el delegante, si antes no ha pedido el cumplimiento al delegado".

En cambio, en los casos de expromisión (Art. 1.272), y responsabilidad del tercero (Art. 1.273), si el acreedor no da por libre al deudor, el nuevo deudor queda obligado solidariamente, según hemos dicho en notas anteriores.

hacienda^{1.179} cedida anteriores a la transferencia, si no resulta que los acreedores han consentido en ella. En la transferencia de un establecimiento comercial, responde de las deudas indicadas también el adquirente de la hacienda, si dichas deudas resultan de los libros de contabilidad obligatorios".

El mismo Código se preocupa de la modificación y fusión de sociedades; en las primeras conserva la responsabilidad de los socios, si los acreedores no han consentido en la modificación (Art. 2.499), y en las fusiones les otorga derecho de oposición (Art. 2.503).

Se echan de menos disposiciones como éstas en nuestra legislación para proteger a los acreedores frente a las enajenaciones de establecimientos de comercio, industria, etc., y modificación de sociedades; prácticamente la única de que gozan es la acción pauliana, de tan difícil ejercicio (N^o 773).^{1.179 bis}

1.159. IV. *La cesión de deudas en la legislación chilena.* Nuestro Código, como todos los clásicos, calla en la materia. No contempla la cesión de deudas, ni bajo tal título ni el de asunción, transmisión, sucesión, etc., sino que se limita a tratar en la forma antes vista la cesión del crédito (o sea, del elemento activo de la obligación), la novación y la delegación.

Frente a este silencio, con disposiciones muy similares, en Francia se ha discutido la posibilidad de admitir en el Código la asunción de deudas en los términos en que está concebida en el Código alemán y demás contemporáneos. Y las opiniones se han dividido en forma bastante pareja entre los que escriben después de la dictación de este último Código.

Esta misma disparidad de opiniones se ha trasladado a nuestro país.

1^o La mayoría de los autores y profesores sostiene que no es aceptable en nuestro Código la cesión de deudas sino en los casos expresamente establecidos por el legislador; éstos serían los de los Arts. 1.962 y 1.968. Este último se refiere a la insolvencia del arrendatario, y lo examinamos al tratar los posibles casos de acción oblicua en nuestro Código (N^o 767). En realidad, se trata más bien de figuras de "sucesión" por ley en el contrato de arriendo y los trataremos en

^{1.179} "La hacienda es el conjunto de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa" (Art. 2.555). Según el epígrafe del Título 8^o del Libro 5^o, hacienda equivale a establecimiento.

^{1.179 bis} Para situaciones particulares, hay esbozos de esto en nuestra legislación. Así, el Art. 19 de la Ley 17.322, de 19 de agosto de 1970, hace responsable al adquirente de las imposiciones previsionales adeudadas por el enajenante y el Art. 4^o inc. 2^o del Código del Trabajo deja a salvo en las enajenaciones de empresas los derechos de los trabajadores; en el mismo orden de ideas los Arts. 69 y 71 del Código Tributario le imponen responsabilidad por impuestos, etc. Sin embargo, no hay preocupación alguna por los acreedores privados.

la sección siguiente. En todo caso, es evidente que en cuanto tome la calidad de arrendatario, un tercero asume las obligaciones propias de este contratante (Nº 1.166).

Fuera de estos casos, no podría establecerse que un tercero tome sobre sí la misma obligación ajena, pues ello contraría las disposiciones del Código sobre la obligación, y la novación.^{1.180}

2º Para otros, en cambio, en virtud del principio de la libertad contractual, bien podrían las partes convenir una asunción de deudas, puesto que únicamente se afectan intereses privados.^{1.181}

En nuestra opinión, el problema no puede resolverse ni enfrentarse tan simplemente, porque, según hemos señalado, existen varias posibilidades y formas para la asunción de deudas.

Desde luego, conviene dejar sentados algunos principios que son fundamentales y parecen indiscutibles:

1º El deudor primitivo no queda liberado si el acreedor no lo declara así expresamente. Esto es evidente y es incluso regla en las legislaciones que aceptan la cesión (Nº 1.149). Nuestro Código lo ha señalado claramente al exigir declaración expresa del acreedor en la novación por cambio de deudor (Art. 1.635, Nº 1.135); al no quedar obligado el acreedor por las disposiciones y convenciones que modifican la división de las deudas entre los herederos (Nº 442), y en general en todas las disposiciones que gobiernan la modificación de las obligaciones, en que siempre ha exigido consentimiento del que resulte perjudicado para que puedan oponérsele, como lo hemos ido destacando en nuestro estudio.

2º Que se extinguen, salvo convención en contrario y aceptación de los afectados ajenos a la estipulación, todas las garantías de la deuda, porque tal es el criterio manifestado por el legislador.

Ahora bien, como decíamos, hay varias figuras de las estudiadas en este párrafo que son perfectamente posibles en nuestra legislación, pues no se oponen a disposición alguna en contrario, e incluso pueden efectuarse bajo fórmulas perfectamente aceptadas, como la estipulación a favor de otro, la promesa del hecho ajeno, la cesión de créditos misma, la delegación imperfecta, etc.

No hay inconveniente desde luego en una asunción acumulativa, aplicándose en tal caso el Art. 1.635 ya estudiado (Nº 1.136), o sea, el nuevo deudor se considera que se obliga solidaria o subsidiariamente, y las partes incluso pueden modificar tales reglas.

Tampoco hay inconveniente alguno para que se convenga entre el deudor primitivo y el nuevo que éste se haga cargo del pago de la

^{1.180} Opinión de Arturo Alessandri, ob. cit., pág. 263, y Fueyo, ob. cit., T. 2º, pág. 19.

^{1.181} Claro Solar, ob. cit., T. 12, Nº 1.769, pág. 467; Aída Figueroa, ob. cit., pág. 55. Gonzalo Figueroa, ob. cit. Nº 10, pág. 33.

deuda sin intervención del acreedor; tal convención, que puede incluso revestir la forma de una estipulación a favor de otro, obliga al nuevo deudor respecto del antiguo, y lógicamente no afecta al acreedor. Por ello se ha resuelto que si en un arrendamiento se conviene que el arrendatario pague las contribuciones fiscales, semejante estipulación no obliga al Fisco, pero entre las partes del arriendo es perfectamente válida y eficaz.^{1.182}

Una sentencia reciente se ha referido precisamente a esta situación, utilizando los términos de asunción y cesión de deudas; ha dicho que si el acreedor no presta su consentimiento, la cesión no le afecta y puede siempre cobrar al cedente,^{1.183} lo que resulta evidente por los argumentos antes señalados. Pero, en todo caso, la cesión produce sus efectos entre los deudores.

El problema, pues, se reduce a la asunción liberatoria, ya sea por un convenio entre las tres partes, o entre el nuevo deudor y el antiguo. Y pareciera que no es posible en nuestra legislación, por lo menos para otorgarle las características que tiene en los Códigos modernos.

En efecto, la liberación del anterior deudor produce en nuestro Código siempre novación, de acuerdo al Art. 1.635. Ciertamente es que el Art. 1.634 declara que para que haya novación se requiere el animus novandi, de manera que si las partes declaran expresamente que no hay novación, ésta no se produce, pero el mismo precepto aclara que en tal caso subsisten ambas obligaciones, esto es, considera que siempre hay dos obligaciones existentes. Y si el primer deudor queda liberado, no hay ya obligación para él. Además, es cierto que a la nueva obligación las partes pueden agregar la mayor parte de los accesorios de la antigua, pero no es éste el concepto de la cesión de deudas, en que es la misma obligación la que cambia de deudor, sin extinguirse (Nº 1.149).^{1.184}

Ahora bien, sin llegar a la asunción de deudas liberatorias, las partes pueden imitarla hasta donde sea posible, por cualquiera de las fórmulas que anteriormente hemos señalado.

^{1.182} RDJ, T. 35, sec. 1ª, pág. 50.

^{1.183} RDJ, T. 59, sec. 2ª, pág. 43.

^{1.184} Podría argumentarse en contra de lo expuesto que si el acreedor puede remitir íntegramente la deuda, no se ve la razón por la cual no podría hacer lo menos, que es liberar al antiguo deudor, a cambio de que alguien asuma la deuda. Pero lo que nos mueve a rechazar la asunción liberatoria es que para el Código, la obligación asumida es siempre otra obligación, no la misma anterior. La remisión extingue también totalmente la deuda.

*Sección tercera*CESIÓN DE CONTRATO^{1.185}

1.160. *Concepto.* La cesión de contrato pertenece a la teoría general de éste, pero su estudio lo hemos trasladado a esta parte, pues está en íntima relación con las modificaciones subjetivas de las obligaciones y créditos.

La institución, cuya existencia autónoma se discute, ha comenzado sólo recientemente a preocupar a la doctrina y a las legislaciones. El Código italiano la recoge ampliamente en el Capítulo 8º del Título 2º del Libro 4º, Arts. 1.406 a 1.410.

Se habla de cesión de contrato cuando uno de los contratantes, con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente. Por la cesión de contrato se traspasa la calidad íntegra de contratante.^{1.186}

Y como en el contrato bilateral cada parte adquiere al mismo tiempo la calidad de acreedora y deudora, la cesión del contrato implica que el cedente traspasa al cesionario sus derechos y obligaciones; tanto el aspecto activo como el pasivo. En ello estriba la diferencia con la cesión de créditos, en que el cesionario no responde de las obligaciones del cedente, aun emanadas del mismo contrato (Nº 1.066).

1.161. *Requisitos.* Tres son los supuestos para que nos encontremos ante una cesión de contrato:

1º Debe tratarse de un contrato bilateral.

La razón es obvia. La cesión que haga el acreedor en un contrato unilateral es una cesión de crédito, y si se traspasa la deuda, estaremos ante una novación por cambio de deudor, una delegación o una asunción de deuda, en las legislaciones en que ella es factible.

La posibilidad de ceder el contrato se presenta en los bilaterales, por la razón antes indicada de que en ellos las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras. Entonces, en vez de dejar sin efecto el

^{1.185} Véanse M. Andreoli, *La cesión de contrato*, traducción de Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; Luis Vals Taberner, *La cesión de contratos en el Derecho Español*, Editorial Urgel, Barcelona; Messineo, ob. cit., T. 4º, págs. 511 y siguientes; Rosa Galán Solano, *La Cesión del Contrato*, Editorial Universitaria, Santiago, 1963, M. de P.; Gonzalo Figueroa Yáñez, *La asunción de deudas y la cesión de contratos*, ob. cit. parte II.

^{1.186} Dice el Art. 1.406 del Código italiano: "cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello".

contrato celebrado y proceder a otorgar uno nuevo, con el cesionario como contraparte, se conviene modificarlo mediante la cesión que una de las partes hace a un tercero de los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Por ejemplo, A arrienda a B un inmueble, y con el consentimiento de este arrendador cede el contrato a C. Este pasa a ocupar la misma calidad de arrendatario de A, y como él, está obligado al pago de las rentas de arrendamiento, a las reparaciones locativas, etc., y tiene en cambio el derecho a exigir que el arrendador B lo mantenga en el goce tranquilo y pacífico de la cosa arrendada.

Otro caso: en un contrato de suministro un proveedor, con el consentimiento del otro contratante, cede el contrato a un tercero, quien deberá seguir suministrando los objetos o servicios de que se trate, y tendrá derecho a cobrar su precio.

Finalmente, otro caso de gran frecuencia práctica entre nosotros: A promete a B venderle un inmueble dentro de tres meses, y B promete comprarle el inmueble en el plazo señalado. En esta promesa de compraventa ambas partes han contraído una obligación y un derecho correlativo: otorgar el contrato prometido en la oportunidad señalada, fuera de las otras obligaciones que pueden ir anexas al contrato (Art. 1.554).^{1.187} A es acreedor de B por esta obligación, y a la vez deudor suyo de la obligación de concurrir al otorgamiento del contrato prometido, y viceversa. Si B cede el contrato de promesa con el consentimiento de A a un tercero, C, éste pasa a ser titular del derecho y obligación correlativa de B de poder exigir y estar obligado a otorgar el contrato de compraventa prometido.

2º Que las prestaciones no se hubieren ejecutado.

O sea, el contrato debe estar pendiente en su ejecución, o ser de ejecución sucesiva y no haberse agotado (Art. 1.406 del Código italiano), porque en caso contrario lo traspasado sería el efecto ya producido del contrato. Y así, por ejemplo, si A vende a B un inmueble, y A entrega material y jurídicamente la propiedad, y B ha pagado el precio, lo que se cedería sería el dominio del inmueble ya adquirido por B, y no el contrato de compraventa.

3º El consentimiento de las tres partes.

Se necesita el del cedente, porque se desprende de sus derechos; del cesionario que adquiere éstos y las obligaciones correspondientes al contrato de que se trate, y finalmente del contratante cedido, en función del aspecto pasivo del contrato, pues si no el cedente se liberaría de sus obligaciones, sin intervención del acreedor de ellas, lo que no es posible, según vimos anteriormente.

Sin embargo, es factible que el contratante cedido haya dado su consentimiento con anterioridad, situación que por ejemplo contempla

^{1.187} Véase *Contrato de Promesa*, ob. cit.

el Art. 1.946 para el arriendo: "el arrendatario no tiene facultad de ceder el arriendo... a menos que se le haya expresamente concedido". Como se ve, el Código exige que la voluntad del arrendador haya sido expresa.

En esta situación, el Art. 1.407 del Código italiano declara que la sustitución del cedente por el cesionario será eficaz respecto del contratante cedido desde el momento en que se le notifique o acepte la cesión,^{1.188} o sea, el mismo mecanismo de la cesión de crédito.

1.162. *Explicación de la cesión de contrato.* Existen varias teorías para explicar la institución, pero fundamentalmente pueden agruparse en dos tendencias:

1º Para algunos, no existe la cesión de contrato propiamente tal, sino que ella se efectúa por medio de dos operaciones; una cesión de créditos en cuanto a los derechos traspasados, y una novación por cambio de deudor, una delegación o una asunción de deudas (según el concepto que se tenga o la legislación de que se trate) respecto de las obligaciones traspasadas.

Cabe destacar que desde el momento en que operara una novación por cambio de deudor, o una doble novación por cambio de acreedor y deudor, ya no puede hablarse de cesión de contrato, sino de uno nuevo, por el efecto extintivo de la novación.

2º Para otros, en cambio, la cesión de contrato es un negocio jurídico propio que no se descompone en otras operaciones y con efectos que le son particulares, posición que adopta el Código italiano.^{1.189}

La verdad es que en las legislaciones que no reglamentan la institución en términos generales, sino que casos de ella, parece evidente que en estas situaciones es el mismo contrato el cedido. Así lo veremos al tratar los de nuestra legislación.

1.163. *Efectos de la cesión.* Hay que distinguir los que pueden generarse entre:

1º El cesionario y el contratante cedido.

El cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente, lo reemplaza en el contrato, y, en consecuencia, puede exigir el cumplimiento de los créditos que a su favor emanen de éste y queda obligado a cumplir las obligaciones derivadas de él. El cesionario no

^{1.188} El inc. 2º del precepto se pone en otra situación: "si todos los elementos del contrato resultaren de un documento en que figure inserta la cláusula "a la orden" u otra equivalente, el endoso del documento producirá la sustitución del endosario en la posición del endosante".

^{1.189} Para un mayor desarrollo, una exposición de las principales doctrinas en Rosa Galán, ob. cit., págs. 16 y siguientes.

podría oponer las excepciones personales del cedente, y a su vez el contratante cedido no podría oponerle excepciones derivadas de otra relación jurídica suya con el cedente no comprendida en la cesión (Art. 1.409 del Código italiano).

2º El cedente y el contratante cedido.

Al respecto, es necesario hacer un distingo, por cuanto al igual que en la delegación, y en la asunción de deudas, el contratante cedido puede o no dar por libre al cedente. En el primer caso, éste desaparece del contrato; en el segundo, quedará como deudor solidario o subsidiario.

3º El cedente y el cesionario.

Estos pueden estipular lo que estimen conveniente al respecto, pero a falta de convención, se discute en doctrina si el cedente responde de la validez del contrato, y por el cumplimiento del contratante cedido de las obligaciones propias de éste.^{1.190}

1.164. *La cesión de contrato en la legislación chilena.* De más está insistir en que nuestro Código no contempla una reglamentación orgánica de la institución.

Conviene, pues, distinguir tres situaciones:

1º Cesión de contrato establecida en la legislación;

2º Traspaso legal de contrato;

3º Casos no legislados.

Veremos estas tres situaciones en los números siguientes.

1.165. I. *Casos de cesión de contrato en la legislación.* Podemos citar los siguientes:

1º Arrendamiento.

Dice el Art. 1.946: "el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo".

El precepto se pone en dos situaciones diversas: la cesión del arriendo y el subarriendo. Este último es el arriendo efectuado por el arrendatario a un tercero del todo o parte de lo arrendado; es un nuevo contrato, que no modifica las relaciones del arrendatario con el arrendador ni crea relación jurídica alguna entre éste y el subarrendatario.

En cambio, la cesión es justamente el traspaso del mismo contrato, como el ejemplo que poníamos en el Nº 1.161, 1º, quedando liberado el

^{1.190} Art. 1.410 del Código italiano: "el cedente queda obligado a garantizar la validez del contrato. Si el cedente asumiese la garantía del cumplimiento del contrato, responderá como fiador por las obligaciones del contratante cedido".

anterior arrendatario; nuestra jurisprudencia ha reconocido esto último, pero lo ha atribuido a un efecto novatorio, ya que no ha aceptado que se pueda haber producido un traspaso de obligaciones.^{1.191}

En todo caso, es típicamente una cesión de contrato.

2ª Sociedades.

La naturaleza jurídica de la sociedad es controvertida, como ya lo hemos insinuado en todo caso, en ella hay obligaciones y derechos para los socios entre sí, y respecto de terceros.

Tratándose de sociedades de personas, el Art. 404 del Código de Comercio prohíbe a los socios "ceder a cualquier título su interés en la sociedad" sin previa autorización de todos los socios, bajo pena de nulidad. A contrario sensu, la cesión es posible con el consentimiento de todos los socios, y en tal caso el nuevo socio entra a reemplazar al cedente en todos sus derechos y obligaciones ante la sociedad.^{1.192}

1.166. II. *Traspaso legal del contrato.* Hay casos en que por disposición de la ley, en el contrato cambia alguna de las partes, pero sin el consentimiento del otro contratante. No hay, pues, cesión del contrato, sino que traspaso legal del mismo.

Estos son los casos que se suelen citar como de asunción de deudas en nuestra legislación (Nº 1.159), principalmente en los artículos 1.962, 2º, y 1.968.

Esta última situación ya la hemos estudiado al hablar de la acción oblicua (Nº 767), y permite a los acreedores del arrendatario insolvente sustituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador. Igual cosa ocurre en el Art. 1.965 cuando los acreedores del arrendador embargan la cosa arrendada y se sustituyen a éste en sus derechos y obligaciones (Nº 767). En ambas situaciones, los acreedores del arrendatario o arrendador asumen su misma calidad de contratante, y, en consecuencia, les corresponden los derechos y obligaciones que les son propias.

El Nº 2º del Art. 1.962 señala que está obligado a respetar el arriendo todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública. Por ejemplo, A arrienda a B una propiedad por tres años; cuando ha transcurrido un año, transfiere la propiedad a C. Este está obligado a respetar los dos años que faltan del arriendo, y, en consecuencia, a asumir la calidad de arrendador en el mismo, con los derechos y obligaciones inherentes.

^{1.191} G. T. de 1914, enero a abril, Nº 94, pág. 207; y de 1928, 2º sem., Nº 178, pág. 783.

^{1.192} Como los terceros no han dado su consentimiento, creemos que el socio cedente no deja de ser responsable ante ellos en los casos en que la ley establece esta responsabilidad personal de un socio.

La misma situación se plantea con la legislación que limitaba los derechos de los arrendadores a poner término a los contratos de arriendo; así, de acuerdo al inc. 4º del Art. 14 de la Ley 11.622 sobre arrendamientos urbanos y al D. L. 964 de 1975, hoy derogados, el arrendatario podía oponer al adquirente de la propiedad arrendada la excepción de falta de motivos plausibles para pedir la restitución, y si el adquirente carecía de ellos, debía aceptar al arrendatario como tal.

La verdad es que el arrendamiento va tomando cada vez más acentuadamente un carácter de gravamen o carga real, que explica todos estos fenómenos jurídicos.

1.167. III. *Casos no legislados.* Fuera de los casos ya estudiados y otros que pueden escapársenos, cabe preguntarse si es posible aplicar entre nosotros la cesión de contrato, y cómo funciona ella.

Ya hemos dicho que se lleva a cabo en forma muy frecuente, especialmente en relación a las promesas de compraventa, y entonces la pregunta es cómo debe encarársela, si como una institución propia o debe recurrirse a las figuras de la cesión de créditos y novación por cambio de deudor o delegación.

La verdad es que la solución depende de la posición que se adopte frente al problema de la cesión de deudas, porque si se concluye, como lo hemos hecho nosotros (Nº 1.159), que ella no es posible en nuestra legislación, tampoco puede aceptarse que fuera de los casos previstos por la ley pueda alguien asumir las obligaciones de un contrato bilateral.

En cambio, si en virtud de la libertad contractual se reconoce la posibilidad de que las partes convengan en la subsistencia de una obligación con un nuevo deudor, será igualmente el mismo contrato el que subsistirá, con otro contratante.

En nuestro concepto, puede efectuarse la cesión de créditos y la delegación imperfecta para traspasar los derechos y obligaciones respectivamente, quedando en tal caso responsable el cedente. Si se elimina la responsabilidad de éste, hay novación por el cambio de deudor, y, en consecuencia, forzosamente un nuevo contrato.

En todo caso, lo indudable es que se requiere el consentimiento de todos los que intervienen, y no como suele efectuarse la cesión de promesa de compraventa, con una mera notificación al prometiente vendedor. Ella basta para traspasar los derechos del prometiente comprador, pero no sus obligaciones.^{1.193}

^{1.193} Si se llega a aceptar la cesión de contrato en nuestra legislación, las partes a falta de reglamentación legal deberán ser cuidadosas en establecer sus efectos; creemos que, en todo caso, el cesionario no podría oponer las excepciones personales del cedente, ni éste responderá de la solvencia del cesionario ni del contratante cedido, pues tales son los principios de nuestra legislación.

La cree posible como regla general, Gonzalo Figueroa, ob. cit., Nº 23, pág. 73.