

La cesión de derechos en el nuevo Código Civil y Comercial

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO (*)

Sumario: I. Concepto. Relación con el Régimen anterior. — II. Antecedentes. — III. Clases y tipos de cesión de derechos. — IV. Cesión en garantía. — V. Cesión de crédito prendario. — VI. Forma. — VII. Objeto. Derechos que pueden ser cedidos. — VIII. Efectos. Con respecto a las partes y los terceros. — IX. Efecto entre las partes. — X. Cesión parcial. — XI. Efectos con relación a los terceros. — XII. Garantías que debe el cedente. — XIII. La garantía de derecho (*Veritas Nominis*). — XIV. Las excepciones a la garantía de derecho. — XV. Mala fe del cesionario. — XVI. La garantía de hecho (*bonitas nomini*).

I. Concepto. Relación con el Régimen anterior

La cesión de un derecho consiste en la transmisión de una determinada facultad jurídica de un sujeto a otro. Es dable considerar que se trata de una especie de dicha transferencia que se brinda entre vivos y a título particular. Es decir, resulta siempre una forma de trasladar un derecho de un sujeto que, se desprende del mismo, hacia otro que lo recibe y adquiere (1).

De lo dicho se infiere la diferencia entre las trasferencias a título particular de las que se producen a título universal. En las primeras siempre el contenido está dado por un derecho singular vinculado a un objeto particular; mientras que la sucesión a título universal, se brinda cuando se recibe todo un patrimonio a una parte alícuota del mismo (artículo 400 del Código Civil y Comercial) (2).

A más de ello la trasmisión debe ser realizada entre vivos y no tener su causa en la muerte de una persona. El distingo que, aparece con imagen de simplicidad y sencillez, no lo es tanto. Las que corresponden “inter vivos” son aquellas en que el acto comienza su eficacia en vida de las personas que lo realizan o intervienen en él. Sin perjuicio de que, en determinados negocios, se toma en consideración la muerte de una persona para integrar el *factum normativo*, como por ejemplo en el caso del seguro de vida previsto en el artículo 128 de la ley 17.418 (3).

En cambio, en los denominados “*mortis causa*” los efectos recién se concretan ante el fallecimiento o deceso de alguno de los sujetos que tuvieron intervención. La muerte obra como causa y resulta un elemento indispensable para la existencia del derecho, de esa manera lo sostiene Stolfi en la doctrina italiana (4).

(*) Prof. Extraordinario Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(1) Es muy importante la diferenciación entre las transmisiones a título singular y a título universal. Esta última se produce cuando se transfiere todo un patrimonio o un parte alícuota del mismo. La a título singular o particular, en los casos en que de traslación de un bien o un derecho particular. Brebbia R. H. (1981). *Hechos y actos jurídicos*. Bs. As: Ed. Astrea, T. I, p. 35, No. 29. Santoro Passarelli F. (1964). *Doctrinas generales del derecho civil*. Madrid: Ed. R. D. P., trad. Luna Serrano, p. 100, No. 19. Compagnucci de Caso R. H. (1992). *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 29, No. 9.

(2) Barbero D. (1967). *Sistema de derecho privado*. Buenos Aires: Ed. Ejea, Trad. Sentis Melendo, T. I, p. 339. Zannoni E. (1983). *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*. 3ra. ed. Bs. As: Ed. Astrea, T. I, p. 49, No. 31.

(3) Orgaz A. (1963). *Hechos y actos o negocios jurídicos*. Buenos Aires: Ed. Zavalía, p. 78, No. 41. Salvat R. - Romero del Prado V. (1954). *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*. 2da. ed. Buenos Aires: Ed. Tea, T. II, p. 90, No. 837. Albaladejo M. (1978). *Derecho civil. Introducción y parte general*. 5ta. ed. Barcelona: Ed. Bosch, T. I, v. II, p. 157. Castán J. (1978). *Derecho civil. Introducción y parte general*. 12ava. ed. Madrid: Ed. Reus. Actualizada por J. L. De Los Mozos, T. I, v. II, p. 696.

(4) Stolfi N. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Ed. R. D. P., p. 59, No. 14. Albaladejo: *Der. civ. Introd. y parte general*,

A manera de síntesis podría decir que la transmisión de los derechos tiene como principal efecto la modificación subjetiva en la titularidad de esa facultad; de ese modo el derecho se mantiene intacto en el contenido transmitido y solo se anota el cambio en la figura de uno de los sujetos.

En el Código civil derogado no estaba prevista esta vía de traslación subjetiva, ya que esa legislación solamente preveía la “cesión de créditos” (artículo 1434 a 1484), y la denominada “delegación activa perfecta o novatoria (artículo 817). En cuanto a lo primero posee un gran parentesco con el nuevo sistema, ya que se trata de un contrato donde el acreedor transfiere a un tercero llamado cesionario, el derecho creditorio que tiene contra su deudor (artículo 1434); aunque es importante señalar que se trata solamente de la transferencia de un “derecho de crédito” como contenido de la parte activa de la relación de obligación (5).

En cuando a la “delegación activa” el Viejo Código solo admite que dicha traslación sea el acuerdo entre: el acreedor originario (delegante), con un tercero (delegatario), y la conformidad del deudor (delegado). Este tipo negocial es siempre novatorio, es decir produce la extinción de la obligación originaria y da nacimiento a una nueva relación jurídica (6).

Debo aclarar que en la regulación de la cesión de créditos, un artículo ampliaba en extenso abanico, el objeto de la cesión; se trataba de lo normado en el artículo 1444 que disponía: “Todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidos, a menos que la causa no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito” Ello aparecía reiterado en lo dispuesto en los artículos 1441, 1445, 1447 y 1449. De esa manera se incluía dentro del capítulo de la cesión de créditos a la de los derechos, cuando en realidad la primera resulta una subespecie de la segunda. Ello lleva a pensar y, de esa manera se sostuvo por caracterizada doctrina, que el Código civil, hoy derogado, incluía en su normativa y en cierta medida, a la cesión de derechos oculta bajo el manto de la transmisión de los créditos (7).

Como una cuestión de curiosidad jurídica, nada más, es posible ver que el Código civil español, regula a la “cesión de créditos” en el título sobre la compraventa, en los artículos 1526 a 1538, no siendo de todas maneras la compraventa el único objeto y causa de la cesión (8).

cit., T. I, v. II, p. 157. Llambias J. J. (1973). Tratado de derecho civil. Parte general. 5ta. ed. Ed. Buenos Aires: Perrot, T. II, p. 321, No. 1145. Coviello N.: Doctrina general del derecho civil. Mexico: Ed. Uthea, Trad. Felipe de J. Tena, p. 346, No. 102.

(5) Compagnucci de Caso R. H. (2002). Cesión de créditos. Bs. As: Ed. La Ley, p. 11, No. 7. Spota A. G. (1973). Instituciones de derecho civil. Contratos. Bs. As: Ed. Depalma, T. IV, p. 259, No. 892. Llambias: Trat. Parte general, cit., T. II, p. No. 607. Cabrillac R. (1996). Droit des obligations. 2ème. Edit. Paris: Ed. Dalloz, p. 257. Fabre— Magnan Muriel (2004). Les obligations. 1er. Edit. Paris: ed. Thémis, p. 475.

(6) La “delegación activa” poca relación tiene con el instituto bajo estudio. La delegación novatoria es mas un medio de extinción que una forma de transferencia de los derechos.

(7) Messineo F. (1956). Manual de derecho civil y comercial. Buenos Aires: Ed. Ejea, trad. Sentis Melendo, T. II, pp. 50. Babiloni J. A. (1921). Anteproyecto de Código civil. Buenos Aires: Ed. Valerio Abeledo, T. VI, pp. 49. Compagnucci de Caso R. H. (2001). “Cesión de créditos y deudas en el Proyecto de Cod. Civ. de 1998”, EN: Publicaciones de la “Academia de Derecho de Buenos Aires ” Buenos Aires: La Ley, pp. 40. Rezzónico L. M. (1967). Estudio de los contratos. Bs. As.: Ed. Depalma. 3ra. ed., T. II, pp. 308. Cazeaux P. N. - Trigo Represas A. F. (2010). Derecho de las obligaciones. Buenos Aires: Ed. La Ley. 4ta. ed., T. II (actualizado por el Dr. José M. Cazeaux), p. 698, No. 1143. Spota. Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 262, No. 893. Borda G. A. (1973). Tratado de derecho civil. Contratos. 3ra. ed. Buenos Aires: Ed. Perrot. T. I, p. 375, No. 486.

(8) Navarro Perez J. L. (1998). La cesión de créditos en el Derecho civil español. Granada: Ed. Comares, pp. 42-43. Santos Briz J. (1978). Derecho civil. Teoría y práctica. Madrid: Ed. R. D. P., T. IV, p. 116. Los juristas españoles se inclinan a sostener ese criterio en virtud de que el Código. Civil español regula a la cesión de créditos dentro del capítulo de la compraventa. (artículos 1526 a 1536), aunque aclaran que, no por ello ese tipo contractual es la única y exclusiva causa de la cesión. Castán. Der. civ. Oblig. y contratos, cit., T. IV, p. 201. Lacruz Berdejo y otros. Elementos de derecho civil, Ed. Bosch, 2da. ed., T. II, v. I, p. 225, No. 138.

II. Antecedentes

Es evidente que el antecedente inmediato y directo de la cesión de derechos, lo constituye lo previsto en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. Se encuentra previsto en los artículos 1527 a 1548, que corresponde al Libro IV, Título III, Capítulo XXVII, Sección Ira., “Transmisión de derechos”.

Allí se trata todo lo referido a: la cesión de derechos en general, la cesión en garantía, su forma, efectos, la cesión de créditos prendarios, las obligaciones del cedente, y la denominada “cesión de cartera de créditos”, o “factoring” en su denominación más corriente en el derecho comparado (9).

En los fundamentos de la figura se hace constar que los contratos transmisivos ya habían sido contemplados en el Proyecto de reformas del año 1987 (artículo 1434), en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (artículo 1037), y en el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (artículo 1434).

El factoring constituye una verdadera novedad. En el Proyecto de 1998 estaba previsto en el Capítulo de la “Cesión de derechos”, mientras que la nueva legislación la contempla con el título de “Contrato de factoraje” en los artículos 1421 a 1428, y lo define como: “(...) cuando una de las partes denominado factor se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable, los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada “factorado” pudiendo otorgar anticipos sobre tales créditos, asumiendo o no los riesgos”(10).

También dentro del mismo contexto ha sido definido: “Un contrato donde una empresa especializada como factor, presta el servicio de colaboración (asistencia económica financiera) a otra empresa comercial o industrial, obligándose durante un tiempo determinado y por un precio a adquirir una determinada masa de créditos que tuviere esta última por su actividad empresarial, frente a los terceros” (11).

III. Clases y tipos de cesión de derechos

Entre todos los artículos que se ocupan del contrato traslativo de “cesión de derechos” se extraen una serie de supuestos y casos de lo más variados. Si bien se regula el principio y regla de la cesión en general (artículo 1614 y ss.), se tratan casos particulares, como por ejemplo el artículo 1615, se ocupa de la “cesión en garantía”, el artículo 1625 de la “cesión de crédito prendario”, a lo que se agrega como elemento novedoso los efectos de la cesión de un “derecho inexistente” previsto en el artículo 1629.

IV. Cesión en garantía

En la cesión en garantía, lo que para algunos autores sería un tipo de negocio fiduciario, se consagra un supuesto de transmisión impropia. Con ello se quiere significar que si bien se traslada el derecho, las finalidades aparecen condicionadas por otras relaciones jurídico-económicas que vinculan a las

(9) Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio, Ed. Asociación de docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. B. A, Ed. Preparada y coordinada por la Dra. Aurora Besalú Parkinson, y Presentada por el Dr. Oscar Ameal, Buenos Aires 1999, p. 114. Se indican como Fundamentos: No. 246 “(...) El Proyecto dedica un capítulo a los contratos transmisivos. Principia por ocuparse del contrato de cesión de derechos, conforme al criterio de los modernos proyectos de reforma. (Proyecto de 1987, artículo 1434), etc.

(10) Lorenzetti R. (1993). “Reflexiones sobre el factoring como contrato de garantía”, EN: Rev. de Der. Privado y Comunitario, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, No. 2, p. 250. Explica: “Si a una empresa le es menester el crédito puede contraer un préstamo mediante una garantía real o personal, pero como novedoso puede ofrecer la solvencia de otros, sus clientes, cediendo a la entidad bancaria o financiera, los créditos que tiene hacia ellos”. Id.: Argeri R. (1978). “Contrato de factoring”, EN: La Ley, 1978-D-1253.

(11) Linares Bretón. “Factoring un nuevo contrato bancario financiero”, EN: La Ley 137-1004. Fajre José B. (1999). “Contratos bancarios. Factoring”, EN: Contratos especiales en el Siglo XXI, Roberto M. Lopez Cabana (Dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 161.

partes. En el artículo 1615 solamente se indica que en estos supuestos se deben aplicar las normas que regulan la cesión de derechos (12).

Pero a pesar de la afirmativa del artículo 1615 es dable señalar que algunas particularidades y efectos propios merecen ser tenidos en cuenta. De todos modos hay consecuencias que importan situaciones análogas, y otras que se particularizan.

No ignoro que alguna corriente doctrinaria entiende que la “cesión en garantía” encierra un negocio de “prenda de créditos” ya que este último supuesto importa que el cesionario tenga un mayor respaldo para lograr el cobro de su crédito que fuera asegurado mediante la constitución de un derecho real sobre el derecho personal. Considero que son figuras diferentes y con objeto que las distingue. Tienen una concepción unitaria en cuanto a que ambas guardan negocios subyacentes que le dan causa y justificación (12 bis).

Hecha la aclaración, debo señalar que en la cesión en garantía el cedente transmite al cesionario el dominio fiduciario del derecho. Lo que implica que él podrá válidamente reclamar al obligado o a los terceros a cumplir con prestaciones, o respetar el derecho esgrimido. Si se trata de un crédito que, para el caso particular es la situación más corriente, se podrá reclamar el cumplimiento en la extensión que corresponda, es decir con más sus intereses, cláusulas penales, etc.

Es de señalar que, el cedente se verá limitado en el ejercicio de la potestad transferida, ya que no podrá ejecutar el crédito, o —sin el consentimiento del cesionario—, ni realizar remisión de la deuda, o quitas u otorgar esperas (13).

En la jurisprudencia se ha considerado: “(...) La cesión en garantía constituye un verdadero negocio fiduciario entendiéndose por tal la modificación subjetiva en la relación preexistente que consiste en la transmisión plena del dominio u otro derecho efectuado con fines de administración, facilitación de encargos o garantía que, por sí mismo no exigirían la transmisión, con el surgimiento simultáneo de una obligación del adquirente de restituir el derecho al transmitente” (14).

Asimismo se señala que la cesión en garantía tiene que cumplir ciertos requisitos para tener efectos plenos. Debe ser hecha mediante la forma de la escritura pública o instrumento privado de fecha cierta, y notificar al deudor cedido mediante una vía idónea para que surta efectos con relación al obligado y a los terceros. El cedente deberá hacer entrega del documento original donde surja el deber de cumplir. De esa manera el cesionario podrá efectivizar el derecho a exigir el cumplimiento, no surgiendo ninguna duda al respecto, el cesionario puede reclamar y cobrar el crédito transferido “en garantía” (15).

Con estas aclaraciones y salvo los detalles comentados, la cesión en garantía tiene plena virtualidad y se le aplicarán todas las reglas generales sobre la transferencia de derechos.

(12) Pantaleón Prieto Fernando (1988). “Cesión de créditos”, EN: Anuario de Derecho civil. Madrid T. XLI, p. 1048. Rivera J. C. (1991). “La cesión de créditos en garantía”, EN: La Ley 1991-C-867, considera la posibilidad de asimilarla a la prenda de créditos. Díez Picazo L. (1996). Fundamentos del derecho civil patrimonial. 5ta. ed. Madrid: Ed. Civitas, T. II, p. 809. El distinguido jurista español, dice que el problema, en éste tipo de cesión, es entender si se está en presencia de una verdadera cesión o es solamente una prenda de créditos. Cam. lida. la Plata, en J. A. 74-594. Miquel J. M. y Miquel Silvina (2000). La cesión en garantía, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield”. Córdoba: Ed. Univ. Nac. De Córdoba, T. II, p. 197, sostienen que la cesión en garantía tiene tipicidad social con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad. NOTA 12 BIS: Díez Picazo: Fundamentos., cit., T. II. p. 809.

(13) Fallo de Ira. Instancia Federal en lo Civ. y Com., en J. A. 1972-18-497. Guastavino E. (1972). “La transmisión de créditos en garantía”, EN: Jurisprudencia Argentina, 18-504. Pantaleón Prieto: Cesión de créditos, en A. D. C. XLII, p. 1049.

(14) Id. A la nota anterior.

(15) Aranda Rodríguez Remedios (1996). La prenda de créditos. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 54. Hedemann H. (1956). “Derecho de obligaciones”, EN: Lehmann-Hedemann, Tratado de derecho civil. Madrid: Ed. R. D. P., trad. J. Santos Briz, T. III, p. 206. Larenz Karl (1958). Derecho de obligaciones. Madrid: Ed. R. D. P., trad. J. Santos Briz, T. I, p. 466.

V. Cesión de crédito prendario

El artículo 1625 se ocupa de indicar cuáles son los efectos de la cesión de un crédito que se encuentra garantizado por un derecho real de prenda; dicha norma dispone: “Cesión de crédito prendario. La cesión de un crédito garantizado con una prenda no autoriza al cedente o a quién tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario”.

Debo aclarar que no se trata de la “prenda de créditos” o también llamada “cesión de un crédito en prenda”, figura que está regulada en los artículos 2232 a 2237 del Código Civil y Comercial, donde se constituye un derecho real de prenda sobre un crédito que consta en un instrumento, sino de la transferencia de un crédito que está reforzado por un derecho real de prenda de una cosa material (16).

Es por ello que el nuevo titular del derecho puede hacerlo efectivo como cualquier acreedor, llevando a la subasta judicial el bien prendado, pero no puede pretender —como bien indica el artículo citado—, que le sea entregada la cosa pignorada (17).

VI. Forma

La forma es la manera en que se exterioriza el acto, y de allí la afirmativa del profesor Albaladejo quién sostiene que por dicha razón “todos los actos son formales”.

Pero aquí y en el campo de lo jurídico, es necesario indagar si determinados tipos negociales, es necesario cumplir requisitos rituales para facilitar su demostración, o bien para darle validez intrínseca (18).

Con relación al antecedente de la cesión de créditos prevista en los artículos 1434 y ss. del Código Civil derogado, quedó planteado el interrogante si la regla del artículo 1454 que disponía: “Toda cesión debe ser hecha por escrito bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido y aunque él no conste en instrumento público o privado”, ante el incumplimiento de la forma escrita, tenía un efecto pleno de ineficacia o se vinculaba solamente a la exigencia de un medio probatorio.

Buena parte de la doctrina seguida por distinguidos juristas, entiende que la imposición de la forma escrita lo es solamente a los efectos de la demostración del acto, lo que se conoce como una exigencia “ad probationem”, cuyo incumplimiento no genera ninguna sanción de ineficacia plena. Ello permite que, ante el incumplimiento de la forma escrita cualquiera de los intervinientes puede buscar y basar su reclamo en la prueba correspondiente a fin de compeler a llevar el acto a la forma requerida (conf. artículo 1185 del Código anterior, y artículo 1018 del nuevo Código Civil y Comercial (19).

(16) El supuesto es una verdadera cesión de créditos. Tiene como particular característica que asegura el cobro con derecho real de prenda sobre un bien mueble o sobre un crédito. Es necesario no confundirlo con la “prenda de créditos” donde el objeto del derecho real recae sobre un derecho personal. Aranda Rodríguez: La prenda de créditos, cit., p. 55 y ss.

(17) Cosola Sebastián J.: coment. al artículo 1625, EN: Rivera - Medina (2014). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Buenos Aires: Ed. Thomson Reuter. La Ley, T. IV, p. 810. Leiva Fernández L.: coment. al artículo 1625, EN: Alterini J. H. (Dir. Gral.) (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado (Tratado exegético), Buenos Aires: Ed. Thomson Reuter. La Ley, T. VII, p. 880 y ss.

(18) De Los Mozos J. L. (1987). “La forma del negocio jurídico”, EN: El negocio jurídico. Madrid: Ed. Montecorvo, p. 383. Messineo: Manual, cit., T. II, p. 381. De Castro F. (1985). El negocio jurídico. Madrid: Ed. Civitas, p. 277, No. 336. Compagnucci de Caso R. H. (1992). El negocio jurídico. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 207, No. 68. Spota (1960-1968). Tratado de derecho civil. Parte general. Buenos Aires: Ed. Depalma, T. I, v. 3-7, p. 6, No. 2006.

(19) Cazeaux - Trigo Represas. Der. de las obligl, cit., T. II, p. 780, No. 1175. Torrente A. - Schlesinger P. Manuale de diritto privato. Milano: Ed. Giuffrè, 16ma. Ediz., p. 159, No. 97. Llambias J. J. (1973). Tratado de derecho civil. Obligaciones. 2da. ed. Buenos Aires: Ed. Perrot, T. II-B, p. 17, No. 1304. Alterini A. A. - Ameal O. - Lopez Cabana R. M. (1996). Derecho de las obligaciones, civiles y comerciales. 2da. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 553, No. 1385. Borda: Trat. Contratos, cit., T. II, p. 397, No. 527.

Otra tesis, a la que hace ya algún tiempo presté mi adhesión, juzga que al disponerse que la cesión debe ser hecha por escrito “bajo pena de nulidad”, el incumplimiento de dicha formalidad, le impide cualquier efecto. Se trata de esos supuestos de actos jurídicos formales solemnemente absolutos, donde la forma hace a la esencia del mismo negocio, a lo que los romanos cualifican con aquello de “forma data ese rei”(20).

El nuevo Código en el artículo 1618 dispone que “La cesión debe ser hecha por escrito (...)”, y mas luego consagra una serie de excepciones. Ahora bien, es dable observar que no existe coincidencia entre el texto anterior y el actual, sin embargo resulta bien asertivo el artículo 1018 cuando afirma sin más que “debe ser hecha por escrito”. A mi juicio la cuestión no ha variado sustancialmente, cuando la ley impone dicha forma lo hace a los efectos de exigir bajo sanción de ineficacia absoluta que —salvo los supuestos excluidos— debe practicarse la forma escrituraria (21).

En los pocos comentarios que han aparecido sobre el nuevo Código Civil y Comercial, se brindan interesantes opiniones. De ese modo el Dr. Leiva Fernández afirma: “Es cierto que el Código nuevo no establece la sanción de nulidad en forma expresa como si lo establecía Vélez, pero a pesar de ello estimamos que la nulidad del acto debe imponerse, caso contrario no tendría sentido el carácter imperativo de la norma comentada. Por ello entendemos que la forma determinada en éste contrato es un recaudo ‘ad solemnitatem’”(22).

La regla o principio general establecido en el artículo 1618, tiene en la misma norma diferentes excepciones. Y allí surgen los supuestos en que se exige la “escritura pública”, como en los casos de: a) cesión de derechos hereditarios (prevista en los artículos 2302 a 2309); b) cesión de derechos litigiosos y c) la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado en escritura pública.

Y en el mismo enunciado, el artículo de referencia aclara que, no exigen la forma escrita aquellos derechos que se pueden transmitir por la sola entrega manual (títulos al portador), como los que admiten el “endoso” (títulos a la orden).

VII. Objeto. Derechos que pueden ser cedidos

Tanto en el sistema del Código derogado como en el actual se permite y ello con gran amplitud que casi todos los derechos sean objeto del contrato de cesión. De ese modo el artículo 1444 del Viejo Código afirma: “(...) Todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción que se encuentra en el comercio” pueden ser cedidos. Hoy el artículo 1616 establece: “Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho”.

De ambas normas se infiere que el principio es de la idoneidad y aptitud que poseen los derechos para ser transferidos. De ese modo y en esa medida lo habían enunciado los juristas franceses Charles Aubry y Charles Rau, quienes afirmaron: “Tout objet incorporel et en particulier tout droit et toute action portant sur une chose qui se trouve dans le commerce est susceptible d’être cédé, à que la cession n’en soit contraire à quelque prohibition expresse ou implicite de la loi”(23).

(20) De Gasperi L. - Morello A. M. (1964). Tratado de derecho civil. Obligaciones. Buenos Aires: Ed. Tea, T. III, p. 762, No. 1610. Colmo (1921). De las obligaciones en general. Buenos Aires: Ed. V. Abeledo, p. 704, No. 1038. Compagnucci de Caso R. H. (1978). Transmisión de las obligaciones. La Plata: Ed. Lex, p. 146. Cam. Civ. 2da. C. F. EN: J. A. 19-842. CNCiv. S. E, fallo del 24-X-58, EN: L. L. 111-682.

(21) Lafaille H. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Ed. Ediar, T. I, No. 333. Salvat R. - Acuña Anzorena A. (1958). Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones. 2da. ed. Buenos Aires: Ed. Tea, T. I, p. 420, No. 623. S. T. Santa Fe, EN: L. L. 107-488. Cam. Civ. y Com. Azul, EN: L. L. B. A. 1997-907.

(22) Leiva Fernández: coment. al art. 1618, en Alterini: Cod. Civ. y com. Cit., T. VII, p. 867, el autor no expide sobre el tipo de forma. Hersalis M.: coment. art. 1618, EN: Bueres (2015) (Dir.): Cód. Civ. y Com. de la Nación, analizado. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, v. II, p. 127. Cosola: coment. al art. 1618, EN: Rivera - Medina: Cód. Civ. y Com. coment., cit., T. IV, p. 803.

(23) Aubry Charles - Rau Charles (1869-1878). Cours de droit civil français, 3ème. Edit. Paris: Ed. Marchad Billard, T. III, p. 299, No. 359.

Esta regla que resulta abarcadora de casi todos los derechos, implica que aun los derechos condicionales, dudosos, litigiosos, eventuales, aleatorios, tienen la cualidad intrínseca de su cedibilidad (24).

Ahora bien, la misma ley determina cuales no pueden ser cedidos. El artículo 1616 da tres supuestos, aquellos que: a) sean prohibidos por la ley; b) se haya pactado la prohibición de ceder y c) resulten contrarios a la propia naturaleza del derecho. El artículo 1617 agrega que, tampoco pueden transmitirse los denominados “derechos inherentes a las personas” (25).

Como supuestos de impedimento de cedibilidad por prohibición legal, se pueden enunciar: a) el derecho de habitación (artículo 2160); b) el derecho a los alimentos futuros (artículo 539); c) a una herencia futura (artículo 1010); d) el derecho de preferencia en la compraventa (artículo 1165); e) las pensiones o jubilaciones; etc.

Entre las prohibiciones también el artículo 1616 prevé el convenio de las partes que impida la cedibilidad. Es lo que comúnmente se denomina “pactum de non cedendo”, en el caso en que los contratantes en ejercicio del principio de autonomía privada y ante derechos cedibles, acuerdan e impiden su transferencia (26).

En la doctrina anterior muy vinculada al Viejo Código, se dieron diferentes criterios. Para una corriente de opinión la prohibición convencional es válida y eficaz, ya que se trata de un convenio que no afecta al orden público ni a las buenas costumbres, ni a la moral. Es nada más que el ejercicio pleno del derecho de configurar el contrato en el ejercicio de la autonomía de la voluntad (27).

Otros autores entienden que ese convenio de impedimento establecido de manera “absoluta” es decir hacia cualquier persona, resulta nulo de nulidad absoluta. Para fundar dicha afirmativa se dice que: a) por razones de analogía es perfectamente aplicable el artículo 1384 que para el contrato de compraventa, prohíbe la cláusula que impida su transmisión a cualesquiera persona; b) que lesiona el derecho de propiedad protegido por normas constitucionales, ya que impide disponer libremente de un derecho subjetivo.

Si bien en otra obra ya sostuve la validez y vigencia en justificar lo que las partes hubieran acordado, hoy en el nuevo Código y conforme a lo dispuesto en el artículo 1616 aparece con mayor distingo y claridad la posibilidad de que el convenio de las partes límite el derecho a ceder un derecho que ha sido objeto de un contrato. En definitiva ello hace al propio ejercicio del derecho de propiedad y a la libertad de contratar.

Y por último resta destacar lo dispuesto en el artículo 1617 que dispone: “Prohibición. No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana”. El Código anterior en el artículo 1445 tenía

(24) Cazeaux - Trigo Represas. Der. de las oblig., cit., T. III, p. 769, No. 1169. Lopez de Zavalía F. (1984-1995). Teoría de los contratos. Bs. As: Ed. Zavalía, T. II, p. 636. Compagnucci de Caso R. H. (1997). Manual de obligaciones. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 427, No. 343. Boffi Boggero L. M. (1973-1988). Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Ed. Astrea, T. III, p. 300/ 301, No. 921. De Diego C. (1959). Instituciones de derecho civil. Madrid: Ed. Artes Gráficas, puesta al día por don Alfonso de Cossio, y Antonio Gullón Ballesteros, T. I, p. 184. Terré F. - Simler P. - Lequette I. (1999). Droit civil. Les obligations. 7ème. Edit. Paris: Ed. Dalloz, p. 72, No. 65.

(25) Giorgi G. (1959). Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Madrid: Ed. Reus, trad. Dato Iradier, T. VI, p. 116, No. 83. Compagnucci de Caso. Transmisión de las oblig., cit., p. 142. Del mismo autor: Cesión de créditos, cit., p. 93, No. 76. Salvat R. - Galli E. V. (1957). Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general. 2da. ed. Buenos Aires: Ed. Tea, T. III; p. 703, No. 2328. Borda. Trat. Contratos, cit., T. I, p. 391, No. 513/ 514.

(26) Rezzónico. Est. de los contratos, cit., T. I, p. 563. Salvat - Galli. Trat. Oblig. en gral., cit., T. III, p. 702, No. 2327/ 2328. Pizarro R. D. - Vallespinos C. G. (1999). Instituciones de derecho privado. Obligaciones. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, T. III, p. 660, No. 664. Alterini - Ameal - Lopez Cabana. Der. de las obligaciones, cit., p. 51, No. 88.

(27) Borda. Trat. Contratos, cit., T. I, p. 391, No. 513. Llambias. Trat. Obligaciones, cit., T. II-B, p. 25, No. 1310. Spota. Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 294, No. 906 g). Alterini - Ameal - Lopez Cabana. Der. de las obligaciones, cit., p. 51, No. 88. Pizarro - Vallespinos. Inst., Obligaciones, cit., T. III, p. 370, No. 664. CNCiv. S: A, EN: L. L. 2000-B-490, con nota del Dr. Larrondo.

un precepto similar, decía: “Las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas, o que comprendan derechos de igual naturaleza, no pueden ser cedidos”.

Es evidente la similitud entre ambos textos legales ya que coinciden en el impedimento en la disposición de derechos que la ley cualifica como “inherentes a la persona”. A pesar de la aparente claridad no ha resultado simple establecer la naturaleza y entendimiento de su contenido. En la nota al artículo 1445 Vélez da su opinión al decir: “Las acciones fundadas sobre derechos personales no son cesibles, por la razón de que el ejercicio de esos derechos es inseparable de la individualidad de la persona”. Otros autores entienden que los “derechos inherentes a la persona” son aquellos que no pueden ser transmitidos, aunque la afirmativa incurre en una petición de principios, ya que la definición incluye su propia prohibición (28).

Asimismo se ha vinculado su concepto con el de los bienes inembargables, pues dichos derechos quedan fuera de la órbita de los acreedores porque la ley viene a protegerlos a favor de su titular (29). O con mayor precisión se indica que son aquellos derechos que se justifican como una especial cualidad de su titular, pues la propia razón de su existencia la hace el sujeto a quien pertenece el derecho (30).

VIII. Efectos. Con respecto a las partes y los terceros

La cesión de derechos surte efectos con respecto a las partes contratantes, y con relación a los terceros. De allí se infiere que resultan integrantes del contrato: el cedente y el cesionario y sus sucesores universales; y son terceros los obligados o cedidos (por ejemplo el deudor del crédito), los acreedores de ambos contratantes, y otros cesionarios sucesivos a quienes el cedente haya prometido la transferencia del derecho (31).

IX. Efecto entre las partes

El solo acuerdo de voluntades, y por tratarse de un contrato consensual (único tipo que existe en el nuevo Código) (artículos 957, 966 y ss. del Código Civil y Comercial), produce el efecto previsto de transferencia del derecho objeto del mismo. De allí la definición del artículo 1614 que sintéticamente dice que la cesión se produce cuando una parte transfiere a otra un derecho.

La ley en el artículo citado aclara, tal como lo hacían los artículos 1435, 1436 y 1437, que si la cesión tiene como contraprestación un precio en dinero, se juzga como una “compraventa”, si era por otro crédito, por la “permuta”, y si se transmite gratuitamente, por el contrato de “donación”. Sin perjuicio de conocer las opiniones que ha dado alguna sobre doctrina sobre la “cesión-compraventa”, la “cesión-permuta”, y la “cesión-donación”, entiendo que no se trata de una alteración y cambio de un tipo negocial por otro al que tiene similitud, sino que la ley dispone la aplicación supletoria de otras normas como forma de integrar e interpretar el contrato (32).

(28) Rezzónico: Est. de los contratos, cit., T. I, p. 563, expone con gran fuerza de convicción sus argumentos que afirman la nulidad del pacto de “non cedendo”. Id. EN: Salvat - Galli. Trat. Oblig. En general, cit., T. III, p. 702, No. 2327. Aclaro que el Dr. Galli no resulta coincidente con el criterio de Salvat.

(29) Es muy interesante la nota de Vélez Sarsfield al art. 1445. Sobre los derechos inherentes a la persona: Naquet. L'accion paulienne, EN: Sirey 1920-I-249. Sanchez de Bustamante M. (1945). Acción oblicua, indirecta o subrogatoria. Buenos Aires: Ed. J. A., p. 111, No. 279.

(30) Malaurie - Aynés (1999-2000). Les obligations. Paris: Ed. Cujas, p. 738, No. 1221. Pizarro - Vallespinos. Inst. Obligaciones, cit., T. III, p. 350, No. 651. Spota. Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 288, No. 906. Borda. Trat. Contratos, cit., T. I, p. 391, No. 513. Fabre Magnan. Les obligations, cit., p. 478.

(31) Cabrillac. Droit des obligations, cit., p. 259, No. 404. Giorgi. Teoría de las obligaciones, cit., T. VI, p. 92, No. 54. Pizarro - Vallespinos. Inst. Obligaciones, cit., T. III, p. 373, No. 666. Planiol M. - Ripert G. - Hamel (1947). Tratado de derecho civil. La Habana: Ed. Cultural, trad. Diaz Cruz, T. X, p. 387, No. 343. Salvat-Acuña Anzorena: Trat. Fuentes., cit., T. I, p. 444, No. 671. Larenz. Der. de las obligaciones, cit., T. I, p. 453. Llambías. Trat. Obligaciones, cit., T. II— B, p. 28, No. 1312.

(32) Compagnucci de Caso. Cesión de créditos, cit., p. 56, No. 41. Rezzónico. Est. de los contratos, cit., T. I, p. 519 y ss. Badenes Gasset R. (1995). El contrato de compraventa. Barcelona: Ed. Bosch, T. II, p. 981 y p. 985.

El derecho transmitido pasa al cesionario en su plenitud. Es decir con todos sus accesorios, garantías, y tiene la característica de toda traslación a título singular entre vivos. Por ello este objeto no se modifica en sus contenidos intrínsecos ni extrínsecos. No sufre menoscabo en su importe, si es un crédito, ni en su objeto material si se trata de otro derecho. Como contrapartida es importante señalar que se transmite con todos sus vicios y defectos. En definitiva y por otra vez se aplica la regla del “*nemo plus iuris*” prevista en el artículo 399 del vigente Código (33).

La ley (artículo 1619) por otra vez exige que el cedente —como obligación complementario y a los fines de hacer efectivos los deberes secundarios contractuales—, que haga entrega al cesionario de todos los documentos que demuestren la legitimidad y prueba del derecho que se transmite.

X. Cesión parcial

El derecho se puede ceder en forma total o de manera parcial.

En el supuesto de cesión parcial de un crédito, cuestión que aparece legislada en el artículo 1627 del Código civil y comercial, se pueden plantear dos interrogantes: uno de orden instrumental que emerge de los cuestión de quién de los co-acreedores (cedente y cesionario, o dos cesionarios parciales) será el poseedor del título material donde conste la obligación; y por otro lado hay que decidir en qué situación y jerarquía jurídica quedan los co-titulares del crédito (34).

Cuando el deber del deudor fue realizado en instrumento privado aparece como muy trascendente decidir cuál de los nuevos co-titulares tendrá el documento donde conste el derecho creditorio; ello resulta una cuestión de mayúsculo interés práctico, pues es necesario, para poder reclamar el cumplimiento tanto en la vía judicial como en la tratativa extrajudicial. Salvat sostiene que si el cedente es quién tiene el título debe ponerlo a disposición del cesionario, tantas veces como éste lo requiera, para hacer valer su derecho. Y Llambías, siguiendo la solución dada en el “Codice” italiano de 1942, afirma que el cedente debe extender un testimonio del documento original, previa protocolización, con los gastos a cargo de ambas partes (35).

El problema se simplifica cuando el contrato originario, donde consta la obligación, fue hecho por escritura pública, pues en ese caso cada uno puede exhibir una copia suscripta por el notario, a los efectos de justificar su derecho.

De todas maneras el artículo 1619, en su segunda parte resuelve la cuestión, y dispone que cuando se trata de una cesión parcial “(...) el cedente debe entregar al cesionario una copia certificada de toda la documentación que pruebe la existencia de los derechos cedidos” (36).

En cuanto a la situación jurídica de los acreedores es importante resolver si el cedente cedió una parte y se quedó con el resto, o bien transmitió a dos cesionarios en porciones iguales o diferentes. El problema a elucidar es si alguno de ellos tiene prioridad de cobro en el patrimonio del deudor, cuestión que alcanza su importancia ante la insolvencia del deudor cedido. El artículo 1475 del

(33) Rezzónico. Estudios de los contratos, cit., T. I, p. 606. Colmo. De las oblig. EN: gral., cit., p. 706, No. 1044. De Gasperi - Morello. Trat. Obligaciones, cit., T. III, p. 759, No. 1609. Aubry - Rau: Cours., cit., T. III, p. 313, No. 369 bis. Messineo. Manual., cit., T. IV, p. 191. Planiol - Ripert - Esmein. Tratado., cit., T. VII, p. 387, No. 343.

(34) Salvat - Acuña Anzorena. Trat. Fuentes., cit., T. I, p. 442, No. 667. Machado José O. (1921). Exposición y comentario del Cod. Civ. Arg. Bs. As: Ed. Lajouanne, T. IV, p. 212. Spota. Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 338, No. 928. Giorgi. Teoría de las oblig., cit., T. VI, p. 154, No. 125 bis. Planiol - Ripert - Esmein. Tratado, cit., T. VII, p. VII, p. 454, No. 1127.

(35) Salvat - Acuña Anzorena. Trat. Fuentes, cit., T. I, p. 443, No. 668 bis. El mismo criterio sustenta Borda. Trat. Contratos, cit., T. I, p. 428, No. 578. Boffi Boggero. Trat. de las Oblig., cit., T. III, p. 629, No. 1242, nota 53, quién afirma: “El cedente debe tener el instrumento a disposición del cesionario parcial y aun suministrarle las informaciones que pudiese necesitar, pero también debe entregarle un testimonio del instrumento original, sea público o privado”. Llambías. Trat. Obligaciones, cit., T. II-B, p. 57, No. 1340. Hedemann. Der. de Obligaciones, cit., T. III, p. 267.

(36) Hernandez C. - Trevisano J. (2013). “Cesión de derechos y sus subtipos”, EN: La Ley 2013-E-940. Leiva Fernandez; coment. al art. 1619, EN: Alterini (Dir.), Cod. Civ. y Com. Comentado, cit., T. VII, p. 869.

Código derogado, no otorgaba preferencia a ninguno de los acreedores parciales, cuestión que se reitera en lo dispuesto en el artículo 1627 al disponer: “Cesión parcial. El cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, a no ser que éste se la haya otorgado expresamente”.

En definitiva si nada se indica en el contrato, ambos cedente y cesionario parcial se encuentran en igualdad de situación y los derechos transmitidos mantienen una igualdad de nivel en su ejercicio contra el obligado. En el supuesto de la insolvencia de éste último cada uno de los acreedores concurren a prorrata como si se trataran de quirografarios que pretenden percibir sus acreencias (37).

XI. Efectos con relación a los terceros

Si los efectos entre las partes se producen con el consentimiento, con relación a terceros ello no resulta suficiente, ya que la exigencia legal se funda en la protección de derechos de quienes no fueron parte en el acto de transmisión. Terceros pueden ser: cesionarios sucesivos, acreedores de las partes, y en algún supuesto el “deudor cedido”(38).

De allí que el Código Civil anterior dejaba planteado el efecto para con el “deudor cedido”, del resto de los terceros. Y para este primer supuesto disponía que el deudor tomara conocimiento del contrato mediante: la notificación de la cesión, la aceptación (expresa o tácita), o bien algunas presunciones que imponía la ley (artículos 1459, 1462, y 1463).

En relación a los demás terceros, el Viejo Código agregaba otro requisito a la notificación, indicándose en términos equívocos, que debía ser hecha por “acto público” (artículo 1467), o “acto auténtico” (artículo 1470) (39).

La doctrina dividió sus opiniones, entre quienes consideraron que siempre resultaba necesaria la “escritura pública” o el “instrumento público” (40); mientras otros autores y fallos de los tribunales, con mayor sentido práctico, entendieron que bastaba con acreditar la “fecha cierta”, tal como lo sostuvieran Colin y Capitant en la más alta jerarquía de la doctrina francesa (41).

Hoy el nuevo Código sigue el criterio amplio de permitir que la notificación sea por instrumento público o privado de fecha cierta, y en mi modesto parecer, acierta con la solución. Así dice el artículo

(37) Spota. Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 338, No. 928. Borda. Trat. Contratos, cit., T. I, p. 428, No. 577. Planiol - Ripert - Esmein. Tratado, cit., T. VII, p. 454, No. 1127. Boffi Boggero. Trat. de las Oblig., cit., T. III, p. 627, No. 1242. Llambías. Trat. Obligaciones, cit., T. II-B, p. 57, No. 1330. Machado. Exp. y coment., cit., T. IV, p. 213. Enneccerus L. - Lehmann H. Derecho de las Obligaciones, edic. Española Ed. Bosch, 2da. Edic., del Tratado de Derecho civil de Enneccerus - Kipp. - Wolf, Barcelona 1953, trad. De B. Perez Gonzalez y J. Alguer, T. II, v. I, No. 83.

(38) López de Zavalía. Teoría de los cont., cit., T. IV, p. 604. Llambías. Trat. Oblig., cit., T. II-B, p. 29, No. 1313. Colmo. De las oblig., cit., p. 709, No. 1048. Cazeaux - Trigo Represas. Derecho de las oblig., cit. T. II, p. 795, No. 1191. Pizarro - Vallespinos: Inst. Obligaciones, cit. T. III, p. 376, No. 666. De Gasoperi - Morello: Trat. Obligaciones, cit. T. III, p. 761, No. 1610. Salvat - Galli: Trat. Obligaciones en geral., cit. T. III, p. 711, No. 2329. Rezzónico: Est. de los contratos, cit., T. I, p. 617. CNCiv. S: K, en L. L. 1997-D-569. CN Com. S: A, en L. L. 2000-A-391.

(39) Toda esta dificultosa cuestión derivaba de un defecto de traducción que hizo Vélez Sarsfield del Código civil francés, y de la obra de los juristas Aubry y Rau. En esos antecedentes se hablaba de: “acte authentique”, “acte significatif”, y “acte publique”. Para mayores detalles y su ampliación: Compagnucci de Caso: Cesión de créditos, cit., p. 147.

(40) Salvat - Acuña Anzorena: Trat. Fuentes de las oblig., cit., T. I, p. 449, No. 679. Rezzónico: Est. de los contratos, cit., T. I, p. 627. Segovia Lisandro (1933). Cod. Civil de la Rep. Argentina, su explicación y crítica en forma de notas Buenos Aires: Ed. La Facultad, T. I, p. 407. Llerena Baldomero (1931). Concordancias y comentarios al Código Civil. Buenos Aires: Ed. La Facultad, T. V, p. 203. Boffi Boggero: Trat. De Las Oblig., cit., T. III, p. 639, No. 1251. Borda: Trat. Contratos, cit., T. I, p. 404, No. 539 b). Spota: Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 361, No. 938.

(41) Colin A. - Capitant H. (1924). Cours élémentaire de droit civil francais. Paris: Ed. Dalloz, T. II, p. 147. Cam. civ. Iida. C. F. 27-VII-32, EN: J. A. 38-1165. S. C. B. A., EN: J. A. 52-428. CNCom. EN: J. A. 1946-III. - 519, EN: L. L. 8-1004. Cam. Civ. 8va. Nom. Córdoba, EN: L. L. C. 1992-945.

1620: “Efecto respecto de terceros. La cesión tiene efecto respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables”.

XII. Garantías que debe el cedente

En las relaciones entre el cedente y cesionario ya a fin de asegurar la plenitud del acto y la protección de los contratantes, tanto en cuanto a la existencia y legitimidad del crédito, como al mismo cumplimiento del objetivo del contrato, la ley impone una serie de garantías. Se distinguen dos tipos, una denominada “*veritas nominis*” o garantía por la evicción, que resulta un verdadera aseguramiento de derecho; y otra más vinculada a lo fáctico o “*bonitas nominis*” donde como excepción se puede llegar a asegurar la solvencia del deudor.

Esto claro está cuando se trate de transmisiones onerosas, ya que en las gratuitas en principio la ley no ga a esta clase de garantías.

XIII. La garantía de derecho (*Veritas Nominis*)

El artículo 1628 en su primera parte establece como principio esta garantía. Así dispone: “Garantía de evicción. Si la cesión es onerosa el cedente garantiza la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión (...)”. Dicha norma tiene una coincidencia plena con lo que indicaba el artículo 1476 del Código Civil anterior. Se trata de la responsabilidad del cedente por los dos aspectos citados: la existencia del crédito y su legitimidad (42).

En cuando a la “existencia del crédito” significa que el derecho que se transmite debe tener vigencia y virtualidad, encontrándose en el patrimonio del cedente al momento de la transferencia, en caso contrario él será responsable de la irregularidad. En cuanto a la “inexistencia del derecho” se refiere a su virtualidad, ya que si el derecho se encuentra extinguido al tiempo del acto, debe entenderse como inexistente (ver artículo 1629), y ello puede acaecer por cualesquiera de las causales que la ley indica para ello; como pueden ser: el pago (artículos 865 y ss.), la renuncia (artículos 944 a 949), la remisión de la deuda (artículos 950 a 954), o la imposibilidad de cumplimiento (artículos 955 y 956), o la compensación (artículos 921 a 930), etc. (43).

A esto se le debe adicionar que el derecho o crédito debe ser “legítimo”, lo que implica que constituya un verdadero título del derecho y tenga por sí mismo validez. Ello ocurre cuando no posee vicios que lo hagan impugnabile por nulidad, ni defectos de forma que lo afecten.

Debo aclarar que los conceptos de “existencia” y “legitimidad” no resultan simples ni su apreciación es pacífica en la doctrina. Algunos autores los han considerado en una unidad conceptual identificados

(42) Navarro Perez: La cesión de créditos, cit., p. 178. Terré - Simler - Lequette: Les obligations, cit., p. 1080, No. 1195. Cabrilla: Droit des obligations, cit., p. 262, No. 415. Rezzónico: Est. de los contratos, cit., T. I, p. 667. Spota: Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 340, No. 929. Betti Emilio (1959). Teoría general de las obligaciones. Madrid: Ed. R. D. P., trad. J. L. De Los Mozos, T. II, p. 299. Judicialmente se ha declarado: “El cedente de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, y de la solvencia del deudor cedido, pública y anterior a la cesión” (CNCiv. S: D, EN: L. L. 1997-F-64 y EN: E. D. 173- 451=). Aclarándose en otro fallo: “No tiene justificación racional el previo juicio de excusión de los bienes del deudor cedido en el supuesto de responsabilidad del cedente por la existencia y legitimidad del crédito” (CNCiv. S: D, EN: L. L. 1997-F-64).

(43) Spota: Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 341, No. 930. Salvat - Galli: Trat. De las oblig. En general, cit., T. III, p. 761, No. 2329. Lopez de Zavalía: Teoría de los contratos, cit., T. II, p. 595. Cazeaux - Trigo Represas: Der. de las oblig., cit., T. II, p. 790. No. 1189. Messineo: Manual, cit., T. IV, p. 193, No. 110. En un fallo judicial se resolvió: “Para juzgar la inexistencia del crédito cedido no es suficiente la simple declaración de la propia deudora cedida realizada a través de un informe en el proceso contra el cedente en el que no fue parte”, y además: “(...) esa declaración en el juicio contra la deudora haría cosa juzgada y aseguraría el triunfo en el promovido contra el cedente en su carácter de garante de la existencia de aquel crédito” (CNCiv. S: D, en L. L. 1997-F-64).

como que la existencia es lo mismo que la legitimidad. Pues lo que es contrario a la ley está fuera de la contratación y por ello el derecho adquiere el carácter de inexistente (44).

El razonamiento es muy ingenioso y atractivo, pero creo que no tiene asidero, pues los criterios de “existencia” y “legitimidad” no son identificables. El primero hace al propio ser es decir a su aspecto ontológico, mientras que el otro se vincula como algo que surge a la vida jurídica sin una causa de nulidad que lo aniquila para los efectos jurídicos consiguientes (45).

XIV. Las excepciones a la garantía de derecho

El artículo 1628 en su segunda parte, en situación similar a lo que disponía el artículo 1476, del Viejo Código, trae algunos supuestos en que no aparece aplicable la garantía de evicción. Y son: a) cuando se transmite un derecho “litigioso”; o b) el derecho fue cedido como “dudoso”; o —agrego— c) se trata de una transmisión gratuita (cesión donación), d) o se acordó un “pacto de exclusión”, y por último e) se demuestra la mala fe del cesionario. Los casos los amplió brevemente.

Derecho litigioso

Esta categoría de “derecho o crédito litigioso” trajo alguna dificultad interpretativa en el entendimiento de la normativa anterior. El nuevo Código ha despejado las dudas y ahora aparece expresamente la excepción en el texto del artículo 1628. De todos modos igualmente no existe un criterio uniforme para determinar su propio contenido.

Si nos preguntamos en que consiste la expresión “derecho litigioso”, surge inmediata la respuesta de que es aquel que está incluido en un proceso judicial contradictorio, donde se excluyen los de carácter voluntario como por ejemplo: las sucesiones. Sin embargo, autores relevantes como Machado, Llerena y Salas, siguiendo las ideas de Laurent, entienden que solamente tienen el carácter de “litigiosos” sólo aquellos que resultan “contestados”; o a más simple decir, los que resultan “controvertidos” o “discutidos”, por su existencia, procedencia, importe, etc. Desinteresando que estén o no en juicio o proceso judicial (46).

Otra idea considera que el “derecho litigioso” es aquel que está en un pleito sometido a la justicia y además se encuentra discutido o contradicho, desinteresando que el proceso sea contencioso o voluntario (47).

(44) Puig Brutau José (1982). Fundamentos del derecho civil. 2da. ed. Barcelona: Ed. Bosch, T. II, v. II, p. 234. Diez Pícazo: Fundamentos del der. civ. patrimonial, T. II, p. 818. Panucci: “La cessione”, EN: Enciclopedia del diritto, T. IV, p. 847. Zacarías (1982). “La garantía dell esistenza del crédito”, EN: Rev. de diritto civile, 1982-I-340. François: Des obligations, cit., p. 31, No. 396, observa: “Quién vende un crédito u otro derecho incorporal debe garantizar su existencia al tiempo de la transferencia. Por otra parte el cedente garantiza de pleno derecho al cesionario que el crédito es virgen de todo vicio o causa de extinción”. Torrente - Schlesinger: Manuale de diritto privato, cit., p. 403, No. 248.

(45) Los conceptos de “existencia y legitimidad” del crédito fueron introducidos por García Goyena en el Proyecto de Código Civil español de 1851. Los reprodujo el Vélez Sarsfield en el Código Civil, y también están el Código Civil español vigente. Por su parte el “Code” civil francés (art. 1693) solo alude a la “existencia”, al igual que el “Codice” italiano de 1942 (art. 1266). Panuccio: Cessione dei crediti, EN: Enc. Del diritto, cit., T. IV, p. 845. Malaurie-Aynés: Les obligations, cit., p. 746, No. 1231. Starck - Roland - Boyer (1986). Droit civil. Les obligations. 2ème. Edit. Paris: Ed. Litec, T. II, p. 667, No. 1887.

(46) Machado: Exp. Y crítica. ., cit., T. IV, p. 165. Llerena: Concordancias y comentarios, cit., T. V, p. 179. Laurent P. (1887). Principes de droit civil français, 4ème. Edit. Bruxelles - Paris, T. XXIV, p. 68, No. 58. Planiol Marcel (1915). Traité élémentaire de droit civil français. Paris: Ed. L. G. D. J., T. II, p. 535, No. 1653, aclara que el “retrait litigieux” exige la existencia de una litis trabada en “proces engage”. Terré - Simler - Lequette: Les obligations., cit., p. 1082, No. 1199. En un fallo se sostuvo: “Constituye crédito litigioso en el término del art. 1455 del C. C. el que si bien fuera reconocido por sentencia firme en sede laboral se encuentra sujeto a verificación en el marco de una quiebra” (CN Com. S: B, en diario L. L. 20-XI-2000, fallo 101.210).

(47) Lopez de Zavalía: Teoría de los cont., cit., T. II, p. 637, hace referencia a las razones históricas dadas por Vélez en la nota al art. 1446 y la vinculación con lo dispuesto en el art. 1174. De Gasperi - Morello: Trat. Obligaciones, cit., T. III, p. 762, Nota 12 a). S. C. Tucumán, EN: L. L. 14-691.

Y una última y tercera postura, entiende que solo tiene el carácter referido, cuando está discutido en juicio de tipo contencioso, y no en procesos voluntarios. Ese es mi punto de vista, ya que el verdadero sentido de “contencioso” hace al propio litigio que, sin bien en su sinonimia es “pelea o contienda”, en el lenguaje forense se lo utiliza para identificar a la controversia judicial contradictoria (48).

Derechos dudosos

La interpretación que exigían los textos de los artículos 1476 que refería al “crédito dudoso”, y el artículo 2161 que lo hacía a los “litigiosos o dudosos”, desaparece en el nuevo régimen que, pareciera que los separa y no los identifica. Considero que la solución legal aclara todo ello, y es posible afirmar que la cesión de un derecho que los contratantes cualifican como “dudoso” es suficiente para eximir al cedente de la garantía de derecho (49).

En la valorable opinión de Alfredo Colmo, y analizando el Viejo Código, los derechos litigiosos no son derechos dudosos, y ello porque se distingue debidamente al derecho al que se le otorgó esa cualidad negativa, de aquel sobre el que no ofrece incertidumbre pero se discute en juicio. Como señalé hace algunos años, el derecho cedido como “dudoso” resulta una especie de cláusula de beneficia a la situación del cedente y de ese modo evita las consecuencias subsiguientes, no importando un elemento del propio derecho. Seguramente ante esta transmisión a título oneroso, la contraprestación será menor ya que se limitan las garantías y ello da cierta aleatoriedad al contrato (50).

Si bien el artículo 1628 no lo dice en forma expresa, pero es evidente que esta condición que elimina la garantía de evicción, exige que el cedente sea de buena fe ya que una conducta dolosa o maliciosa lo obliga plenamente (51).

Cesión donación o gratuita

Cuando se trata de una cesión gratuita o cesión donación, el cedente no responde por la evicción. El artículo 1033 cuando determina quiénes responden por saneamiento (evicción y vicios redhibitorios), en el inc. a) solo obliga a aquellos que transmiten derechos “a título oneroso”, por lo que quedan excluidas las transferencias a título gratuito (52).

Las excepciones a esta regla están dispuestas en el artículo 1556, y son los casos de: acuerdo asumiendo la garantía, la mala fe del donante o cuando él puso la causa (incs. b y c), en las donaciones mutuas, remuneratorias o con cargo.

(48) Arias (1944): “Cesión de derechos litigiosos”, EN: J. A. 1944-I-450. Salvat - Galli: Trat., Oblig., cit., T. III, p. 699, No. 2322. Cazeaux— Trigo Represas: Der. de las oblig., cit., T. II, p. 771, No. 1164. Compagnucci de Caso: Cesión de créditos, cit., p. 77, No. 64. Rezzónico: Est. de los contratos, cit., T. I, p. 555. Spota: Inst. Contratos, cit., T. IV, p. 299, entiende que “litigioso” es el crédito sometido a juicio donde existe contienda. CNFed. Civ. y Com., S: III, EN: L. L. 1997-A-352. Cam. Civ. y Com. Azul, EN: L. L. B. A. 1997-987.

(49) Leiva Fernandez: coment. al art. 1628, EN: Alterini (Dir.): Cod. Civ. y Com. Comentado, cit., T. VII, p. 882/ 883, sostiene: “En las cesiones que versen sobre derechos litigiosos o dudosos no se le podrá exigir al cedente dicha garantía (evicción) sobre la existencia y legitimidad del derecho —al tiempo de la cesión— más allá de tratarse de una cesión onerosa. Es que en esos subtipos de cesiones, el objeto que se cede no tiene la certidumbre necesaria como para que el cedente asegure al cesionario su existencia y legitimidad, al tratarse precisamente de un derecho litigioso o dudoso”.

(50) Colmo: De las obligaciones en general, cit., p. 729, No. 1082.

(51) Compagnucci de Caso: Cesión de créditos, cit. p. 124, No. 109.

(52) Salas A. E.: Garantías contra la evicción, concepto y elementos, EN: J. A. 1053-I-20. Calvo Costa Carlos: coment. a los arts. 2089 y ss., EN: Bueres - Highton: Cód. civ. y leyes complementarias, comentado, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, T. IV D, p. 618. Albaladejo Manuel - Diaz Alabart Silvia (2006). La donación. Madrid: Ed. Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles, de España, p. 339, sobre la garantía de evicción en estos casos, afirman: Si el donante respondiese, no ya se habría desprendido de lo único que probablemente quiso desprenderse sino que tendría que dar algo que probablemente no quiso —el montante del saneamiento— puesto que su idea, sin duda, fue regalar solo aquello.”

Pacto de exclusión de la garantía

Es esta una expresión del principio de autonomía privada donde se conviene que el cedente no responde ante la evicción. Es que, al igual que lo disponía el Código anterior (artículo 2098), el artículo 1036 permite aumentar la garantía, disminuirla, o bien “suprimirla”, esto último es lo que se concreta en el supuesto de referencia.

Como bien se ha explicado este deber a cargo de quién transmite a título oneroso, debe ser ubicada como “elemento natural del negocio”, que por ello acompañan al contrato y son inherentes al negocio, se encuentran sobreentendidos por la Ley, pero se pueden excluir en la actuación plena del principio de autonomía privada (53).

Es más, el nuevo Código permite expresamente que el transmitente no responda cuando en el contrato se indica, en una cláusula especial, que dispone que la enajenación se realiza a “riesgo del adquirente” (artículo 1040 inc. c).

XV. Mala fe del cesionario

La mala fe del cesionario que sabe y conoce de la ilegitimidad e inexistencia del derecho, le hace perder la garantía de evicción. Se indica bien que cuando el destinatario del objeto o del derecho tiene conocimiento de la existencia del vicio, o agrega la ley —pudo conocer dicha circunstancia— la garantía desaparece (artículo 1040 inc. a) (54).

El jurista español don Navarro Pérez sostiene una idea original sobre la situación del cesionario que está enterado de los defectos en el título o legitimación sustantiva del cedente. Dice lo siguiente: “Ante la postura que entiende que es suficiente que el cesionario haya conocido el carácter dudoso para excluir la garantía del cedente y la otra que exige que expresamente se haya indicado el carácter dudoso, la solución sería la siguiente: si el conocimiento del carácter dudoso surge del contrato mismo debe entenderse que el cesionario está de acuerdo en que es aleatoria y desaparece la responsabilidad del cedente; si el crédito es cedido sin alusión alguna y el cesionario tiene conocimiento extracontractual del carácter dudoso, no releva al cedente de responder” (55).

Sin perjuicio de reconocer la originalidad en el razonar, me permite no coincidir con esa solución. Por una parte, porque la ley no efectúa distingo alguno en cuanto al conocimiento que puede tener el cesionario, y además que lo se tiene en consideración para excluirlo de la garantía de derecho es que sabe del defecto (o debe saberlo), y lo acuerda igualmente la traslación del derecho. La Ley no puede premiar ni proteger la mala fe o los comportamientos negligentes.

XVI. La garantía de hecho (*bonitas nomini*)

La garantía de hecho se refiere al aseguramiento de la solvencia del deudor o de sus fiadores, todo lo cual hace a la bondad del derecho transmitido. Se trata de una cuestión fáctica que tiene una mayúscula importancia pues hace a la finalidad práctica del acto.

(53) Salvat-Acuña Anzorena: *Trat. Fuentes de las obligaciones*, cit., T. III, p. 393, N o. 2241. Albaladejo M.: *El negocio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona p. 58, No. 53. Giorgi: *Teoría de las oblig.*, cit., T. VI, p. 165, No. 137. Castán: *Der. civil. Introducción y parte general*, cit., T. I, v. II, p. 623. Compagnucci de Caso R. H. (1992). *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 107, No. 32. De Rugiero Roberto (1931). *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Ed. Reus, trad. De Santa Cruz Teijeiro y R. Serrano Suárez, T. I, p. 253. Betti (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Ed. R. D. P., trad. Martín Pérez, p. 384, No. 62. Malaurie - Aynés: *Les obligations*, cit., p. 746, No. 1231. Salvat-Acuña Anzorena: *Trat., Fuentes de las oblig.*, cit., T. III, p. 365, No. 2196.

(54) Pantaleón Prieto: *Cesión de créditos*, EN: A. D. C., cit., p. 1113. Zaccarias1 (1982). “*Cessione dei crédito*”, EN: *Rivista de diritto civile*, 1982-I-361. Badenes Gasset: *El contrato de compraventa*, cit., T. I, p. 579. Llerena: *Conc. y coment. al C. C. arg.*, cit., T. V, p. 496. Con relación a la evicción en la compraventa enseña Spota: *Inst. Contratos*, cit., T. IX, p. 15, No. 1856, “(...) así como no procede la dispensa del dolo al consagrar la obligación, no es admisible que se pacte la irresponsabilidad del transmitente en caso de evicción por la mala fe del enajenante”.

(55) Navarro Perez: *La cesión*, cit., p. 191, asimila correctamente, la misma excepción a la cláusula de renuncia a la evicción a la cesión hecha como “dudosa”.

La nueva ley en el artículo 1628, artículo que, por otra parte, tiene objetivo principal la garantía de evicción, en su párrafo final expresa: “(...) pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe”.

El Código anterior en el artículo 1476 disponía: “El cedente de buena fe (...) no responde de la solvencia del deudor cedido o de sus fiadores, a no ser que la insolvencia fuese anterior y pública”. Con todo lo expuesto es simple observar que, si bien se debe garantizar la existencia y legitimidad del derecho, no la solvencia del deudor ni de quienes personalmente garantizan el cumplimiento (fiadores) (56).

Es que estas son circunstancias aleatorias o donde prevalece lo imprevisible, ya que se transmite el derecho pero no su cobertura; el cesionario debe analizar la situación económica del obligado, y sus fiadores, y de ese modo sabrá los riesgos que asume. A veces el precio o la contraprestación de la cesión tienen una incidencia directa en los elementos fácticos que rodean a éste tipo negocial. Como se ha bien indicado, el cedente garantiza la bondad del derecho, pero no su eficacia; como dicen algunos autores, su obligación se despliega al pasado, no al futuro (57).

Esta regla sufre dos excepciones: a) el acuerdo de las partes que obligue al cedente a garantizar la solvencia del deudor y sus fiadores; y b) la mala fe del transmitente.

En consideración al convenio no es mucho lo que se puede agregar, ya que es una especie de garantía que toma a su cargo el cedente, y por otra vez el principio de autonomía privada hace surgir una obligación (58).

La mala fe tenía en el Código derogado otra calificación. El artículo 1476 decía que cuando la insolvencia fuese anterior y pública, el cedente debe asumir la responsabilidad por la insolvencia del deudor cedido o de sus fiadores. Hoy la cuestión queda simplificada con la caracterización de la “mala fe” que, en definitiva y para el caso, consiste en que el transmitente sabía del estado de incapacidad económica anterior al acto (59).

(56) Rezzónico: Estudio de los contratos, cit., T. I, p. 675. Compagnucci de Caso: Cesión de créditos, cit., p. 132, No. 117. Salvat—Galli: Trat. Obligaciones en general, cit., T. III, p. 711, No. 2329. Puig Brutau. Fundamentos del der. civil, cit., T. II, v. II, p. 235. Borda: Trat. Contratos, cit., T. I, p. 431, No. 584.

(57) La fuente del artículo que tomara el Codificador fue la obra de: Garcia Goyena: Proyecto de Código civil español de 1851. La norma y principio se encuentra también en el Código civil francés (art. 1691), y en el Código civil español (art. 1529).

(58) Stark-Roland-Boyer: Droit des obligations, cit., T. II, p. 668, No. 1890. François: Obligations, cit., p. 315, No. 397. Navarro Pérez: La cesión de créditos, cit., p. 194. Borda: Trat. Contratos, cit., T. I, p. 433, No. 586. López de Zavalía: Teoría de los cont., cit., T. IV, p. 662. Machado: Expos. y coment., cit., T. IV, p. 215. Torrente - Chlesinger: Manual de diritto privato, cit., p. 408, No. 248, dicen: “Il cedente puo peralto con apposito patto garantire anche la solvenza del debitore”. Cabrillac: Des obligations, cit., p. 315, No. 398.

(59) Colmo: De las obligaciones en general, cit., p. 747, No. 1092. Cazeaux-Trigo Represas: Der. de las oblig., cit., T. II, p. 792, No. 1632. De Gasperi - Orello: Trat. Obligaciones, cit., T. III, p. 794, No. 1632. Machado: Exp. y coment., cit., T. IV, p. 211.