

Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)

JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

SUMARIO: Introducción. 1. Códigos alemanes del siglo XVIII y Código Civil austriaco. 1.1. Códigos alemanes del siglo XVIII. 1.1.1. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis. 1.1.2. Preussisches Allgemeines Landrecht. 1.2. Sistema de cesión del Código Civil austriaco. 1.2.1 Precedente: Codex Theresianus. 1.2.2. Líneas generales del sistema de cesión del Código Civil. 1.2.3. Conflictos típicos de intereses. 2. Sistema alemán de cesión de créditos. 2.1. Antecedentes en el siglo XIX. 2.1.1. Doctrina alemana. 2.1.2. Proceso codificador. 2.2. Líneas generales del sistema de cesión del BGB; la producción del efecto traslativo. 2.2.1. Cedibilidad de los créditos. 2.2.2. La cesión como negocio de disposición. 2.2.3. La entrega del crédito y la notificación al deudor. 2.2.4. La abstracción de la causa en la cesión. 2.2.5. Cesión de crédito ajeno y adquisición de créditos a *non domino*. 2.2.6. Conclusión: intereses en conflicto. 2.3. Principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión. 2.3.1. Delimitación de la regla del § 404 en relación con la del § 407: excepciones que el deudor puede oponer al cesionario. 2.3.2. Esquema del conflicto de intereses deudor/cesionario por razón de la relación cedente/deudor. 2.3.3. Delimitación del ámbito de aplicación del § 404 en relación con el del § 406. 2.3.4. De si de la cesión pueden derivarse facultades para el deudor que antes de ella no tuviera. 2.3.5. Límites de la protección al deudor: la cesión tampoco debe suponerle una mejora en su situación jurídica. 2.3.6. Cesión de crédito ajeno y de crédito inexistente. 2.4. Protección al deudor de buena fe por su no conocimiento de la cesión. 2.4.1. Actos o negocios del deudor con el cedente posteriores a la cesión (§ 407.1). 2.4.2. Eficacia de la sentencia recaída en el pleito entre cedente y deudor (§ 407.2). 2.4.3. Protección de expectativas generadas para el deudor antes de conocer la cesión (§ 406). 2.4.4. Protección al deudor en caso de doble cesión (§ 408). 2.5. El conocimiento de la cesión por el deudor. 2.5.1. Contenido de la confianza en la apariencia: el no conocimiento de la cesión por el deudor y su buena fe. 2.5.2. Protección del deudor frente a la no-cesión (§ 409.1). 2.5.3. La ineficacia y la revocación del anuncio de cesión (§ 409.2). 2.5.4. La prueba de la legitimación del cesionario (§ 410). 2.6. Cuadro general de protección al deudor. 2.6.1. Posibles repercusiones de la protección dispen-

sada al deudor frente al riesgo de no-cesión (§ 409) en su protección frente al no conocimiento de la cesión (§ 406-408). 2.6.2. Cuadro de protección y consideraciones sobre su posible reformulación a partir de una interpretación diferente de la relación entre los §§ 407, 409 y 408. 2.6.3. Acciones que genera la protección al deudor y la facultad de éste de renunciar a ella. 3. Sistema suizo de cesión de créditos. 3.1. Precedentes del Código federal de obligaciones de 1881. 3.1.1. Código de derecho privado del cantón de Zúrich. 3.1.2. Proyectos de Código de obligaciones. 3.2. El Código federal de obligaciones de 1881. 3.3. El Código federal de obligaciones de 1911.

INTRODUCCION

Dada la dificultad que en este ámbito encontró la superación de los esquemas romanistas, quizá no esté de más resumir sucintamente tales esquemas. Existe acuerdo en que en el derecho romano se empezó afirmando la intransmisibilidad *inter vivos* de los créditos, por lo menos en tanto no se produjese una novación, con lo que el deudor debía dar su consentimiento y, además, quedaban extinguidas las garantías y otros derechos accesorios. Tales inconvenientes pudieron salvarse apoderando al «cesionario» como *procurator in rem suam*, con lo que él podía ya exigir el pago al deudor en nombre del «cedente», que seguía siendo el único y verdadero titular del crédito, lo cual entrañaba, sin embargo, otros inconvenientes o riesgos para el «cesionario», tales como la posible extinción del poder por revocación o muerte del «cedente», o también la eventual reclamación del crédito por el mismo «cedente». Estos otros inconvenientes también pudieron, en cierto modo, ser salvados, por una parte, concediendo al «cesionario» una acción útil, mediante la cual podía exigir en nombre propio el pago al deudor, y, por otra, estableciendo que la notificación de la «cesión» al deudor (por el «cesionario») le impedía liberarse pagando al «cedente» (1).

Parece bastante claro, pues, que a pesar de la proclamación de la regla de la intransmisibilidad *inter vivos* de los créditos, sí se logró facilitar alguna vía para alcanzar su resultado práctico. Hay autores (desde Windscheid y Bähr, claramente, pero también otros anteriores, como Bohmer o Salpius) que fueron más allá y sostuvieron que en el derecho justiniano se llegó a admitir una verdadera cesión, superán-

(1) *Vid.* Referencias generales introductorias en J.V. Gavidia Sánchez: «La formación del sistema francés de cesión de créditos: la cesión y la transmisión *inter vivos* de otros bienes», A.D.C., 1990-IV, pp. 1096-1099.

dose ya entonces el viejo dogma de la intransmisibilidad *intervivos* (2).

Los glosadores, sin embargo, mantuvieron, según unos (3), o revivieron, según otros (4), tal dogma, dándole incluso una formulación más enérgica que la que había tenido en el derecho romano (5).

Por lo que respecta al derecho germánico, parece que tampoco se admitía en un principio la transmisión de los créditos sin el consentimiento del deudor (6). Si no se obtenía éste, era necesario obtener una suerte de representación judicial para que el apoderado pudiese exigir el pago al deudor. Las promesas en favor de tercero, conocidas desde el tiempo de los francos, ofrecieron una vía para conseguir el resultado práctico de la cesión, pues el deudor prometía al acreedor que le pagaría a él o a un tercero, cuya entidad podía no quedar precisada entonces, pudiendo, en tal caso, designarlo el acreedor posteriormente (7). La principal aplicación de esta promesa fue la de los títulos a la orden y al portador. En los documentos a la orden, el deudor se obligaba a pagar al que lo presentare, si éste podía demostrar que se lo había entregado voluntariamente el designado en ellos, mientras que en los documentos al portador no se exigía tal prueba. Documentos alemanes de este tipo aparecen ya desde el siglo XIII (8).

En algunas partes de Alemania ya en el siglo XV parece admitida la cesión de créditos (9). Sin embargo, con la recepción del derecho romano se impuso, por lo menos, en la doctrina, la tesis de la intransmisibilidad a título singular de los créditos elaborada por los glosadores, que dominará la historia de la cesión en los territorios alemanes hasta el mismo siglo XIX, claramente, por lo menos, en la doctrina de los autores (10). El predominio de esta teoría será, no obstante, contestado desde diversos frentes.

(2) Vid. F.C. De Diego y Gutiérrez: *La transmisión de las Obligaciones*, Madrid 1912, nota 1 a pie de p. 168 y p. 178, que, sin embargo, parece no aceptar esa tesis; K. Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Colonia, 1966, p. 142.

(3) De Diego, *op. cit.*, p. 171.

(4) Luig, *loc. cit.*

(5) «Nomina adeo ossibus hominum inhaerent ut nunquam separentur... Non possunt separari a domino sicut nec anima a corpore» (citas del Digesto y del Codex tomadas de De Diego, *últ. loc. cit.*).

(6) Brunner, «Quellen und Geschichte des Deutschen Rechtes», *Encyklopädie de Holtzendorf*, ed. de Kohler, p. 249, cita tomada de De Diego, *op. cit.*, nota 1 a pie de p. 174.

No está del todo claro si, incluso, el heredero del acreedor estaba sin más legitimado para exigir el pago o si para ello era necesario que en el documento del crédito se le hubiera habilitado para ello (*vid.* O. Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, t. III, Berlín, 1878, nota 3 a pie de p. 176, comentando un texto de Brunner).

(7) Brunner, cita de De Diego, *últ. loc. cit.*, y Stobbe, *op. cit.*, p. 177.

(8) Brunner, cita de De Diego, *últ. loc. cit.*

(9) Stobbe, *últ. loc. cit.* y nota 6.

(10) Luig, *últ. loc. cit.*

Por un lado, hay documentos del siglo XVI de los que parece desprenderse que en la praxis siguió admitiéndose la cesión de créditos, bajo la forma o la expresión de transmisión de la propiedad sobre el crédito (*Eigentumsübertragung an der Forderung*) (11). Por otro, desempeñó un importante papel para la explícita admisión de la transmisibilidad de los créditos la doctrina del derecho natural racionalista que, desde el siglo XVII, fue abriendo el camino para ese reconocimiento. Para esta escuela, la obligación no sólo es un *vinculum iuris* entre deudor y acreedor, sino también un valor económico y, en consecuencia, un objeto exterior y autónomo respecto de la persona de su titular. En definitiva, se afirma la objetivación del crédito, que impide considerarlo sólo como algo intersubjetivo para pasar a tener una consistencia propia, análoga a la de las cosas corporales (12). Así, considerando el crédito como una *res incorporalis*, la cesión podía ser presentada como algo análogo a la transmisión de propiedad de las cosas muebles, normalmente, como la *traditio* del crédito (13).

Finalmente, en el siglo XVIII la doctrina alemana presenta ya una corriente que propugna el abandono de los esquemas romanos y el reconocimiento de la transmisibilidad del crédito, de manera que el cesionario fuese abiertamente tenido por el nuevo titular del crédito, dejando de serlo el cedente sin necesidad de *litis contestatio* ni de *denuntiatio*, sino por el solo hecho de la cesión (14).

Manifestaciones o realizaciones positivas de estas ideas, heterodoxas respecto a la doctrina del derecho común, las encontramos en el siglo XVIII en el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, en el *Preussische Allgemeine Landrecht* de 1794, así como en la codificación austriaca, cuyo Código Civil data de 1811. En los tres casos se acepta claramente la transmisibilidad de los créditos y se conceptúa la cesión como una *cuasitraditio* de una cosa incorporal.

(11) B. Huwiler, «Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des Obligationenrechts von 1811», en *Das Obligationenrecht 1883-1983*, ed. de P. Caroni, 1984, nota 40 a pie de p. 219.

(12) Vid. B. Huwiler, *Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht*, Zürich, 1975, pp. 25 y ss., con citas de Puffendorf, Wolff, Kant...

(13) Especialmente, Wolff. Salvando las distancias, esta idea también aparece, aunque de una forma no del todo explícita, en Pothier, al ubicar la cesión de créditos (*transport*) también en el tratado de la posesión y, más concretamente, como si de una forma de *traditio* se tratase, si bien cuando pasa a analizarla deja claro que la entrega o *traditio* del crédito se realiza mediante la notificación de la cesión al deudor. Me remito a lo dicho en el capítulo dedicado a Pothier; vid. Gavila, «La formación del sistema francés...», cit., pp. 1147-1153.

(14) Schilter, en De Diego, *op. cit.*, p. 177. Para aquel autor, en el derecho alemán no se había prácticamente recibido la teoría de la cesión del derecho común, y por esto la cesión se había realizado «*erb- und eigenthümlich*», con renuncia del cedente «*aller weitem An- und Zusprüche*» (así, en Stobbe, *últ. loc. cit.*).

Esto no significó, sin embargo, el arrumbamiento definitivo de las tesis del derecho común. Tanto es así que ya bien entrado el siglo XIX todavía la tesis ortodoxa encontrará importantes apoyos, concretamente, por parte de los autores que, como Mühlenbruch, sólo admiten la cesión del ejercicio del derecho de crédito (*Übertragung der Ausübung*), pero no la del derecho en sí. La superación definitiva de tales esquemas será obra, principalmente, de Windscheid y Bähr, que lograron imponer a mediados del siglo pasado la idea de que la transmisión del crédito en sí y a título singular (*Singularsukzession* o *Einzelnachfolge*) ya había sido admitida en el derecho romano justinianeo, y que no había ningún impedimento para hacer lo mismo en su propia época. Idea que, efectivamente, se verá definitivamente aceptada en los trabajos de elaboración del Código Civil alemán, como ya también antes lo había sido en alguna obra legislativa de algún Estado alemán.

De toda esta evolución, así como del sistema alemán codificado, doy cuenta, a veces, detallada, como también del sistema suizo de cesión, con sus primeras manifestaciones notablemente influidas por el Code.

1. CODIGOS ALEMANES DEL SIGLO XVIII Y CODIGO CIVIL AUSTRIACO

1.1. Códigos alemanes del siglo XVIII

1.1.1. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis de 1756* (15)

En cuanto al sistema traslativo general, se establece que la entrega legítima produce la transmisión de la propiedad, pero que para poder ser calificada como legítima y, en consecuencia, producir el efecto traslativo, se requiere que el *tradens* pueda disponer y el *accipiens* aceptar, y que exista un título traslativo de dominio o causa de la transmisión (15 bis). Parece, pues, que se adopta el sistema de título y modo.

En cuanto a la cesión de créditos, ésta es abiertamente aceptada como tal, esto es, como transmisión de la titularidad del crédito

(15) He manejado la edición de 1759.

(15 bis) «Eine rechtmäßige Uebergab oder Einraumung wodurch das Eigenthum von einem auf den anderen gebracht wird, erfordert daß der Uebergeber zur Auslieferung und der andere Theil zur Acceptation befugt seye... Soll ein Titulus Dominii translativus, das ist, eine solche Ursach, wodurch man das Eigenthum auf andere zu bringen pflegt z.B. ein Tausch, Kauf, Darleien, Schankung, u. vorhanden seyn...» (Codex, 2.ª parte, cap. 3.º, § 7).

(16) y no solamente como cesión de la acción para exigirlo, con rechazo explícito de la doctrina romanista medieval de la intransmisibilidad a título singular (17). La calificación del crédito como un derecho o una *res incorporalis* (unkörperliche Dinge) es también explícita, lo que revela su consideración como un elemento más del patrimonio del acreedor. Lo que sucede es que la transmisión parece estar sujeta a reglas que, cuanto menos, podrían ser calificadas como específicas respecto a la general de transmisión mediante título y modo.

Parece establecer la siguiente ecuación: la cesión es a los bienes incorporales lo que la entrega legítima a los corporales, teniendo en cuenta que aquéllos no sólo se transmiten por cesión sino también por el uso efectivo que el cesionario hace del derecho que se le cede (18). Parece, por tanto, y así se reconoce, que la *cessio* no es más que una forma de *traditio*, en concreto, de *quasi-traditio* (19), como también lo sería el uso del derecho por parte del cesionario. Según esto, el término cesión no designaría tanto el resultado o efecto traslativo cuanto el acto (*Handlung*) que la produce (20). De lo que ahora se trata es de precisar en qué consistía ese acto de cesión y cuáles eran sus requisitos.

En principio, parece que consistía en el mero acuerdo entre cedente y cesionario en producir la transmisión del crédito (acuerdo traslativo) (21),

(16) Por cesión se entiende «jene Handlung darunter, da wir unsere Gerechtsame an jemand anderen eigenthümlich überlassen und abtreten», de manera que «wird derjenige, an welchen die Abtretung geschieht, Cessionarius, der abtretende Theil aber cedens, und der Abgetretende Debitor cessus genannt» (Kreittmayr: Anmerkungen Über den Codicem Maximilianum Civilem, 2.^a parte, Múnich, 1761, n.º 1, p. 1035, donde cita, entre otros, a Wolff, *Inst. Juris naturae* § 338).

(17) «Tritt Cessionarius in alle Rechten des Cedenten, welche durch Gesaß oder Geding nicht besonderes ausgenommen seynd, durchgehends ein, und ist der disfalls in Römischen Rechten gemachte Unterchied zwischen dem Domino vel Exercitio Juris, dann der Actiones directa vel utili, nach teutsch und landüblichen Rechten als eine unnötige Subtilität aufgehoben. Beedes kommt dem Cessionario nach beschehener Zession zu...» (Codex, *loc. cit.*, § 8.8.º).

(18) «Durch obbemelte Uebergab werden nur körperliche Dinge von einem auf den anderen gebracht, uncörperliche Dinge pflegt man per Cessionem, oder soviel die Servitutes und andere dergleichen Gerechtigkeiten betrifft durch deren wirklichen gebrauch zu übergeben...» (Codex, *loc. cit.*, § 8. pr.).

(19) «Was in rebus corporalibus traditio ist, das ist in incorporalibus quasi traditio» (Kreittmayr, *loc. cit.*).

(20) De la pluralidad de significados de la palabra *Cessio* se era plenamente consciente: «Das Wort Cessio hat zwar unterschiedliche Bedeutungen» (Kreittmayr, *loc. cit.*).

(21) La consideración del acuerdo traslativo como contenido de la cesión o de la *traditio* es clara: «Cessio hat verstandenermassen vim Traditionis, beede Kommen daher in den meisten Haupt-Requisits, sonderbar aber darin übereins, daß sowohl eine als die andere mutua voluntate & consensu cedentis ac cessionarii sufficienter declarato zu Stand Kommt» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 4, p. 1038, con cita, entre otros, de Wolff).

lo cual podría suponer una cierta contradicción con el sistema general de transmisión, puesto que para los créditos bastaría, pues, la acorde voluntad de las partes para producir tal efecto traslativo (22).

De no tener en cuenta ulteriores aclaraciones, resultarían posibles, por lo menos, tres interpretaciones de esta regla de la suficiencia del acuerdo para producir la transmisión y de la contradicción que esto podría suponer frente a la regla general. La primera sería que el sistema de cesión de créditos no deja de ser el título y modo, pero con la particularidad de que ahora el modo (*traditio*) no consiste en la entrega sino en un acuerdo en transmitir, cuya eficacia traslativa depende, como en la regla general, del poder de disposición del cedente y de la capacidad de ambas partes, como también de la previa existencia de un título. La segunda sería que el sistema de cesión es el consensualista, donde basta con un solo acuerdo, el relativo al título o causa de la cesión, en el que estaría implícito el acuerdo en producir la transmisión. Y la tercera sería que el sistema de cesión era ya el del acuerdo abstracto traslativo, donde la eficacia transmisiva no depende de la causa o título de la cesión, sino sólo del propio acuerdo de cesión.

La cuestión, sin embargo, queda algo más clara en la interpretación que Kreittmayr hizo de este pasaje del Codex. Si no cabe la menor duda de que la cesión, como acto equivalente a la *traditio*, consistía en el acuerdo entre cedente y cesionario en producir la transmisión, tampoco debe haberla en la subsistencia de la exigencia de un título o causa, de lo que parece depender también la producción del efecto traslativo (23), con lo que parece excluirse la tercera hipótesis antes apuntada del carácter abstracto del acuerdo traslativo. Parece, pues, que teóricamente al menos el sistema de cesión sigue siendo el general de título y modo, pero con la particularidad de que no se requiere entrega como actividad material, sino que basta con el acuerdo en producir la transmisión, el cual debe ir precedido o acompañado de otro acuerdo creador del título o causa de la cesión. Lo que sucede es que basta con que en el segundo acuerdo, el de cesión, se haga una referencia implícita al título e, incluso, con indicar que la cesión es contraprestación de algo previamente recibido por el cedente, sin

(22) «Solchem nach ist hierunter das nemliche wiederum zu beobachten, was... geordnet ist, die Cession insonderheit belangend, kommt es hiermit lediglich auf den Willen des Cedentens und Cessionarii an. Sobald diese beede über den Transport miteinander verstanden seyn, hat die Cession ohne weiteren Zuthun seine vollständige Richtigkeit» (Codex, *loc. cit.*, § 8. pr. y 1.^o).

(23) «Titulus vel causa wird in Cessione ebenso, wie in Traditione vera, requirirt» (Kreittmayr, *últ. loc. cit.*, pág. 1039).

necesidad de especificar cuál es la causa de tales prestaciones recíprocas (24).

Entonces, si en teoría parece seguirse el sistema de título y modo, en la realidad, como puede apreciarse, la cesión se producía sin más elementos que el acuerdo de voluntades, presuponiendo, claro está, la capacidad de las partes y el poder de disposición del cedente. En este sentido, el sistema se aproxima bastante al consensualista, pues si eran necesarios dos acuerdos (uno para crear el título y otro para producir la transmisión), mientras que en el consensualista basta con uno sólo, no es menos cierto que ambos acuerdos podían producirse en un mismo acto. En cualquier caso, lo claro es que bastaba con el consenso (25). Por otra parte, no se deje de tener en cuenta que es en el acuerdo traslativo en el que más hincapié se hace, reconociendo, si no la posibilidad de un cierto grado de abstracción, sí de un cierto oscurecimiento o ensombrecimiento del título o causa de la cesión, y es, como sabemos, en esta dirección en la que se avanzará en el siglo XIX, hasta desembocar en un sistema general abstracto de transmisión de bienes y derechos, basado en el acuerdo traslativo.

Si hubiera de calificar el sistema de cesión de créditos del Codex, por lo analizado hasta aquí, diría que sus esquemas teóricos son todavía los del título y modo, propios del derecho común, pero que está basado en el consenso y que apunta hacia la abstracción de la causa.

No se requiere para la validez ni para la eficacia de la cesión el consentimiento del deudor, pudiendo producirse aquélla aún contra la voluntad de éste (26), como también sin su conocimiento (27). Parece claro, pues, que no se requiere la notificación de la cesión al deudor.

(24) El requisito del título podía entenderse cumplido «zwar explicite mit ausdrücklicher Benennung des Tituls, oder wenigst implicite, da nemlich solcher aus der Handlung selbst gnugsam erscheint, z. b. da wir jemand unsere Forderung um eine gewisse Summam Geld überlassen, welchenfalls sich ziemlich deutlich äussert, daß die Cession titulo empti venditi geschehen seye... oder da es in Instrumento heißt: gegen erhaltener Vergnügung, dann die Satisfaction ist Species solutionis seu liberationis, folglich auch sufficiens titulus Cessionis, ohne daß man sich hierunter näher zu expliciren nöthig hat, wie und was Art solche geleistet worden seye» (Kreittmayr, *últ. loc. cit.*).

(25) Por lo demás, la suficiencia de la voluntad para producir la transmisión concuerda plenamente con las doctrinas del derecho natural racionalista y, especialmente, con Wolff, citado por Kreittmayr al reconocer al eficacia traslativa de la cesión en la titularidad del crédito (*op. cit.*, n.º 1, p. 1035) y al establecer que la cesión consiste en el acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario (*op. cit.*, n.º 4, p. 1038).

(26) «Die Miteinwilligung des Debitoris cessi ist hierzu nicht nötig, sondern das Recht was man gegen ihn hat, kan auch wider seinen Willen an andere cedirt und überlassen werden...» (Códex, *loc. cit.*, § 8.2.º).

(27) «Wasgestatten Debitoris cessi Einwilligung in die Cession nicht vonnöthen seye, einfolglich dieselbeauch ohne seinen Wissen und Willen geschehen könne...» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 8, p. 1044).

Objeto de cesión pueden ser, en principio, cualesquiera derechos o acciones, incluso, los futuros, con tal que no se hayan extinguido y cuya cesión no haya sido especialmente excluida (28).

La cesión debe ser probada, por cualquier medio de prueba, por aquél que pretenda hacerla valer (29), no bastando la posesión del documento del crédito, ni siquiera cuando en él constase la cláusula por la cual el deudor se obligaba a pagar a su tenedor (30).

Desde el acto mismo de cesión el crédito en sí y no solamente la acción para hacerlo efectivo se transmite al cesionario que, desde entonces, será el nuevo acreedor al que se ha transferido todo el contenido del crédito con sus accesorios (31). Con esto quedan explícitamente abandonados los esquemas romanistas de la teoría de los glosadores (31 bis). Coherentemente con esta plena adquisición del crédito por el cesionario, se produce la simultánea extinción del derecho del cedente (32). Así pues, tras el acto de cesión todo el poder de disposición sobre el crédito pasa al cesionario, de forma que éste es el único que puede hacer todo lo que el cedente hubiera podido hacer (33), mientras que éste queda realmente deslegitimado para hacerlo. Ahora bien, por la

(28) «Können regulariter alle sowohl gegenwärtig als zukünftige Jura vel Actiones, soweit nicht ein beondere Ausnahm gemacht wird, cedirt werden» (Codex, *loc. cit.*, § 8.5.º).

«Regulariter Können Actiones und Jura cedirt werden, sie seyen gleich real, personal, petitorisch, gegenwärtig oder Künftig,... soweit sie nicht schon wirklich erloschen, oder sonst specialiter ausgenommen seynd» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 3, p. 1037).

(29) «Cessio ist Facti, wie Traditio, und will mithin auf allenfallige wiederrednungsam bewiesen seyn» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 5, p. 1039).

(30) «Muß die Cession von dem, der sich darauf beruft, erwiesen werden, und ist auch der blosser Briefs-Innhaber, wenn er sich nicht in anderweg dazu legitimiren kan, von diesem Beweis nicht befreiet, ohngeacht der Brief die Clausulam, jedem Briefs Innhaber, in sich hat, weil sich solches nur von rechtmäßigen Briefs-Innhabern versteht» (Codex, *loc. cit.*, § 8.6.º).

(31) «Seynd bei Ueberlassung einer Principal-Action auch die Accessoriae vel Preparatoriae allzeit stillschweigend mit darunter verstanden» (Codex, *loc. cit.*, § 8.7.º).

(31 bis) Vid. texto transcrito en nota 17.

(32) «Jus & Praxis hodierna womit auch unser Codex einstimmig ist, nimmt die Sach etwas natürlicher, setzt obige subtile Distinctiones beyseit, und stehet das Jus, welches Cedens einmal auf einen anderen transferirt hat, seines Orts für gänzlich erloschen an, so daß er gar nichts mehr damit zu thun, sondern alles dem Cessionario schlechterdings zu überlassen hat, ...» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 6, p. 1041).

«Unsere teusche Reichs und Lands-Praxis wie auch unser Codex gehetüber diese Römische Spitzfindigkeiten hinaus, und raumt dem Cessionario alle Jura cedentis, welche durch Gesetz oder Beding nicht besonders ausgenommen seynd, in re ipsa durchgehends ein» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 7, pp. 1042-1043, con cita de Lauterbach).

(33) «[...] kan er (el cesionario) selbst oder durch andere frey hierum klagen, compromittiren, transigiren, und alles was Cedens selbst hätte thun mögen, nach Belieben verfügen, den Eid kan er allenfalls deferiren, referiren, und in seine eigene Seel abschwören... es stehet ihm ferner frey, ob er die Schuld weiter cediren und transportiren wolle» (Kreittmayr, *últ. loc. cit.*, p. 1043).

misma razón y del mismo modo que se transmiten al cesionario todos los aspectos positivos el crédito, también éste ha de soportar todas las limitaciones que pesaban sobre el derecho de crédito (34).

Por lo que respecta al deudor, ya sabemos que ni su consentimiento ni su conocimiento de la cesión eran requisitos para su validez ni para su eficacia (35). Esto no quiere decir, ni mucho menos, que tal conocimiento fuera irrelevante. Y no lo era porque el deudor, aún después de la cesión, podía pagar al cedente con efecto liberatorio o negociar con él sobre el crédito sólo en tanto no tuviese conocimiento de la cesión, pues de lo contrario debía tener al cesionario por su nuevo acreedor (36); esto último entendido, a mi modo de ver, en el sentido de que si el deudor actuaba con el cedente lo hacía a su propio riesgo una vez que conocía la cesión. Así, correspondía al cesionario probar la cesión, por lo que el deudor podía entre tanto negarse a pagarle o a negociar con él sobre el crédito, aunque tuviese conocimiento de la cesión. La notificación no era irrelevante, no estaba desprovista de efectos: creo que si la había habido y, a pesar de ella, el deudor hubiera pagado o negociado con el cedente, tales actos no serían oponibles al cesionario sin que éste tuviese que probar que el deudor había conocido la cesión (37). Por lo demás, el deudor podía oponer todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente, salvo las que sólo concierne a la persona, a la cualidad o al estatus de éste (38).

En caso de conflicto entre acreedores del cedente y el cesionario parece claro que la solución debía venir dada por la fecha de la cesión, esto es, del acuerdo de la transmisión. Demostrada por el cesionario la cesión, ya los acreedores del cedente no podían embargar el crédito, a menos que ésta fuese rescindida por fraude de acreedores. Creo que la ausencia de una disposición específica sobre este

(34) «[...] hat sodann Cedens mit dem Jure cesio gar nichts mehr zu thun, dahingegen stehen dem ersten alle Exceptiones im Weg, welche Cedens selbst von Rechtswegen zu leiden gehabt hätte. Es kan sich und muß die Sach mit allen darauf haftehenden Bürden übernehmen» (Codex, *loc. cit.*, § 8.9.º, 10.º y 12.º).

«Wie weit Cessionarius in Jura cedentis personalia eintrette... und da nun derselbe mit dem Cessionario quo ad activa rei cessae gleichsam einen Mann ausmacht, so ist billich, daß solches auch quo ad onera & passiva ejusdem rei geschehe» (Kreittmayr, *últ. loc. cit.*).

(35) Vid. notas 26 y 27.

(36) «Haftet auch Debitor cessus von der Zeit an, da er Nachricht von der Cession hat, dem Cessionario dergestalt, daß er von dem Cedenten weder belangt noch der Oligation mehr entbunden werden mag» (Codex, *loc. cit.*, § 8.13.º).

(37) Esta puede ser la explicación del siguiente comentario: «Jus hodiernum aber weist ihn wenigst von der Zeit an, da ihm die Cession intimirt worden ist, lediglich an Cessionarium mit gänzlichen Ausschluß des Cedentis allein an» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 8, p. 1044). Es decir, que el cesionario sólo podía estar seguro de que el deudor no se liberaría pagando al cedente si se le había notificado la cesión.

(38) Vid. Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 7. pp. 1043 y 1044.

conflicto de intereses se debía a que era innecesario establecerla, pues bastaba con aplicar las reglas generales.

Sí había en cambio alguna regla sobre la doble o múltiple cesión de un mismo crédito por el mismo cedente a diversos cesionarios. Se establecía que el deudor debía dirigirse a aquel cesionario, cuya cesión fuese más antigua. Pero si el deudor, no conociendo otra cesión, pagase a otro cesionario cuya cesión hubiera sido posterior, quedaría liberado de la obligación, pues podía oponer tal pago al verdadero adquirente, entendiéndose por tal aquel cesionario cuya cesión fuese más antigua (38 bis). Aunque expresamente no se diga —quizá, por ser innecesario—, si el conflicto se planteaba entre cesionarios sin intervenir el deudor, entendiéndose que prevalecía a falta de disposición contraria, aquél cuya cesión fuese la más antigua. Por esto es por lo que se establecía que el deudor debía dirigirse a él, porque era el verdadero adquirente.

Parece, pues, bastante claro que tras la cesión era el cesionario el único que podía exigir el pago y disponer del crédito. El cedente no sólo no debía sino que tampoco podía disponer de él, a menos que la cesión primera hubiese sido inválida o ineficaz. Como esta solución es la que corresponde a la eficacia plenamente traslativa del acuerdo de cesión, debió considerarse innecesario insistir en ello. Lo que más preocupaba era proteger al deudor por su no conocimiento de la cesión, lo cual le llevaba a pagar a otro cesionario no adquirente. Ante esta situación cabía adoptar dos posturas. Una, liberar al deudor de la obligación, haciendo recaer sobre el adquirente el riesgo de quedar insatisfecho, pues sólo podía dirigirse contra el cedente y, acaso, contra el cesionario que recibió el pago si éste era de mala fe. Otra, reconocer la liberación del deudor si paga o negocia con el cedente no conociendo la cesión, pero no si trata con un cesionario que no ha adquirido el crédito, por entender que antes debió asegurarse el deudor de que no había una cesión anterior, con lo cual el riesgo recaería, en este caso, en el deudor, pues no podría oponer al adquirente lo realizado con el no adquirente. Pues bien, en el *Codex Maximilianus* se optó por la primera solución, más favorable al deudor, aunque parece que la cuestión era bastante debatida en la doctrina (39).

Finalmente, por lo que respecta a los casos de cesión de crédito ajeno, creo que su ineficacia era la solución más coherente con lo

(38 bis) «Wenn aber zewey unterschiedliche Cessionarii sich bey ihm angeben, so muß er sich an jenen halten, der die ältere Cession vor sich hat, und da er etwan aus Unwissenheit sich bey dem letzteren abfindet, so ist er der Obligation loß...» (*Codex, loc. cit.*, § 8.14.^o).

(39) «Falls sich von der nemlichen Schuld-Forderung mehr Cessionarii bey ihm um die Bezahlung angeben, so ist er jenen, welcher die ältere Cession vor sich hat, zu bezahlen schuldig, den jüngern angeblichen Cessionarium oder kan er nur auf den Fall, wann ihme die ältere Cession unbekannt geweßt, mit Fug bezahlen, wenigst bringt es unser Codex also mit sich, de Jure communi aber seynd die Meinungen der Authorum hierüber nicht allerdings einstimmig...» (*Kreittmayr, op. cit.*, n.º 8, pp. 1044 y 1045).

visto hasta aquí. Si el cedente volvía a acordar la cesión de un mismo crédito ya cedido previamente, nada podía transmitir al segundo cesionario, por lo que éste no adquiriría tal crédito, la misma solución debería propugnarse para los demás casos de cesión de crédito ajeno, es decir, también cuando el crédito nunca había pertenecido al cedente. Y creo que la lógica del sistema hacía innecesaria una regla en este sentido: basta con que no haya una en sentido contrario. En el supuesto de una cadena de cesiones en la que el cesionario luego cede el crédito, la invalidez o la ineficacia de una de las cesiones anteriores daba lugar a la ineficacia de todas las posteriores, pues éstas lo habían sido de crédito ajeno, y tales cesionarios nada habían adquirido (40). Al cesionario correspondería una pretensión indemnizatoria contra el cedente cuando el crédito no perteneciera a este último.

1.1.2. *Preussisches Allgemeines Landrecht (1794) (40 bis)*

El Código prusiano dedica a la cesión el capítulo en que se contienen los §§ 376 a 444. Abiertamente reconoce la transmisibilidad a título singular inter vivos de los créditos y derechos en general, con tal que no sean personalísimos (ligados a la persona del titular) (41). Y lo que puede transmitirse es todo el crédito, esto es, incluidos sus accesorios, de forma que el cesionario adquiere la condición de nuevo acreedor y no sólo el poder de exigir su cumplimiento, puesto que se coloca en la misma posición que la que tenía el cedente (42). Por su parte, éste deja de tener cualquier poder sobre el crédito cedido. Se aparta, pues este sistema de cesión de los esquemas romanísticos del derecho común.

El sistema de cesión parece seguir siendo el del Codex Macmilianeus. Así, se exige título y modo: el primero consiste en el contrato del que surge la obligación de transmitir la titularidad

(40) «[...] fals dieselbe (la primera cesión) ungültig ist, all weitere Cessiones gleichfalls für mangelhaft zu achten hat, weil sie alle zusamm auf der ersten beruhen» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 7, p. 1043).

(40 bis) He manejado el texto de REHBEIN-REINCKE: ALLGEMEINES LANDRECHT FÜR DIE PREÜSSISCHEN STAATEN, t. I, 5.ª ed., Berlín 1894.

(41) «Alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, Können Anderen abgetreten werden» (§ 382 ALR).

(42) «Durch die Cession tritt der neue Inhaber in alle abgetretenen Rechte und damit verbundenen Pflichten des Cedenten» (§ 402 ALR).

«Auch besondere Vorrechte, welche der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, gehen, selbst ohne ausdrückliche Uebertragung, auf den neuen Inhaber mit über» (§ 403 ALR).

(43), y el segundo es el acto de cesión, que hace las veces de *traditio* y que consiste en un acuerdo de voluntades en producir la transmisión (44). La regla general es, pues, la de que bastan los acuerdos para que se produzca la transmisión, pudiendo coincidir en un solo acto el contrato y el acuerdo traslativo. Cuando el crédito que se va a ceder está documentado es necesario que la cesión (el acuerdo traslativo) conste igualmente por escrito (45). No se requiere, pues, para la validez ni para la eficacia traslativa de la cesión el consentimiento del deudor (46), ni tampoco que la cesión le sea notificada.

El efecto traslativo de la cesión válida hace del cesionario el nuevo acreedor. Dado el carácter derivativo de su adquisición, éste ocupa la misma posición del cedente, esto es, puede hacer y obtener lo mismo que aquél (47), pero también tendrá que soportar todas las excepciones que el deudor hubiera podido oponer a aquél. Y por la misma razón y al mismo tiempo el cedente deja de ser acreedor y, con ello, pierde el poder de disponer del crédito y de exigir su cumplimiento al deudor.

En cuanto al deudor, se proclama que su situación jurídica no debe quedar empeorada por la cesión (48), como consecuencia de su no intervención en ella (49), lo que también se rodea de alguna garantía cautelar (50). Consecuencia de esto es que el deudor puede oponer

(43) «Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet, einen Anderen das Eigenthum seines Rechts, gegen eine bestimmte Vergeltung, zu überlassen» (§ 376 ALR).

«Wird ein Recht ohne Vergeltung abgetreten, so ist die Handlung als eine Schenkung anzusehen» (§ 378 ALR).

(44) «Die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Anderen wirklich übertragen wird, wird Cession genannt» (§ 377 ALR).

«Durch die Erklärung des Cedenten, das der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll, und durch die Annahme dieser Erklärung, geht das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über» (§ 393 ALR).

(45) «Wird eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, cedirt, so muß auch die Cession allemal, ohne Unterschied der Summe, schriftlich erfolgen» (§ 394 ALR).

Sin embargo, nada de esto se requería si el crédito estaba incorporado a un título al portador (§ 401 ALR).

(46) «Es ist daher auch die Einwilligung des Schuldners zur Gültigkeit der Cession an sich nicht nothwendig» (§ 409 ALR).

(47) §§ 402 y 403 ALR, transcritos en nota 42.

(48) «Ueberhaupt darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen Anderen niemals erschwert werden» (§ 408 ALR). Vid. § 411.

(49) § 409 ALR, transcrito en nota 46.

(50) «Hat der Schuldner, besonderer Umstände wegen, Grund, zu besorgen, daß er von seinen Einverdenungen oder Gegenforderungen wider den Cedenten, gegen den Cessionarium nicht werde Gebrauch machen können; so ist er, wegen dieser Einverdenungen und Gegenforderungen, Caution von dem Zedenten zu verlangen berechtigt» (§ 410 ALR).

al cesionario todas las excepciones que podría oponer al cedente (51), a menos que aquél hubiese reconocido al cesionario como acreedor (52). Por lo demás, parece claro que no podía oponerle excepciones surgidas contra el cedente después de la cesión, como se verá a continuación. Y es que el cedente, lógicamente, no debe, tras la cesión, disponer del crédito ni exigir el pago al deudor, ni negociar con él sobre tal crédito, puesto que ya no es su acreedor. Ahora bien, se sigue protegiendo al deudor que, sin tener conocimiento de la cesión, paga o trata con el cedente, de forma que luego podrá oponer al cesionario las excepciones que se deriven de tales tratos.

La notificación de la cesión al deudor tiene como efecto invalidar el pago al cedente o lo negociado entre éste y aquél, después de que el deudor ya conoce la cesión (53). La notificación del cedente o la emitida por un órgano judicial es suficiente para que el deudor no deba ya pagar ni tratar sobre el crédito cedido con el cedente (54), por lo que parece que ya puede con seguridad pagar o negociar con el cesionario, sin asumir riesgo de la inexistencia o ineficacia de la cesión. En cambio, si el autor de la notificación fue el cesionario, éste debe demostrar la cesión, bien acompañando el documento del crédito y el de la cesión, bien de cualquier otra forma, teniendo en cuenta que si no lo hace dentro de los tres días siguientes al de la notificación y el cedente, por propia iniciativa o por la del deudor, niega que se haya producido la cesión, el deudor puede seguir tratando con el cedente, esto es, considerándole como su acreedor (55).

Lo dicho hasta aquí no debe hacernos creer que la notificación al deudor era lo decisivo para excluir al eficacia frente al cesionario de lo actuado entre deudor y cedente, sino que lo era el conocimiento que el

(51) «Der Schuldner einer cedirten Post kann alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten rügen konnte, auch dem Cessionario entgegen setzen» (§ 407 ALR).

(52) «Hat der Schuldner den Cessionarium für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegen zu setzen» (§ 412 ALR).

(53) «So lange dem Schuldner die geschehene Cession noch nicht gehörig bekannt gemacht worden, sind alle zwischen ihm und dem Cedenten vorgefallenen Verhandlungen zu Gunsten des Schuldners gültig» (§ 413 ALR).

(54) «Jede von dem Cedenten oder von Gerichtswegen erfolgte Bekanntmachung ist hinreichend, den Schuldner zu verpflichten, daß er sich über die abgetretene Forderung mit dem Cedenten nicht weiter einlasse» (§ 414 ALR).

(55) «Geschieht aber die Bekanntmachung durch den Cessionarium, so muß dieser die Richtigkeit seiner Angabe, durch Vorzeigung des cedirten und gehörig überschriebenen Instruments, oder sonst, innerhalb dreier Tage bescheinigen» (§ 415 ALR).

«Wird diese Frist nicht innegehalten, und der ursprüngliche Inhaber der Forderung leugnet die Richtigkeit der vorgebliehen Cession; so kann der Schuldner gültige Verhandlungen über die Forderung mit Letzterem vornehmen» (§ 416 ALR).

deudor tuviera de la cesión. Y tanto vale el que éste adquiere por la notificación como el que pudiera haber obtenido por otras vías (56).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, algo más cuando se trata de la cesión de créditos que nacen de un acto jurídico que está documentado. Como ya he dicho, se requería que su cesión constase también por escrito (57). La inobservancia de este requisito de forma no acarreaba, sin más, la invalidez ni la ineficacia de la cesión, sino que se establecía que si el deudor pagaba al cesionario el cedente había de soportar tal pago, es decir, ya no podía exigirle el cumplimiento, con tal que la cesión fuera demostrada de cualquier manera (58). Lo que sucedía es que el deudor podía negarse a considerar al sedicente cesionario como su nuevo acreedor si, estando documentado el crédito, aquél no le presentaba el documento de cesión y el del crédito. Y es que sólo con la presentación de tales documentos podía el deudor estar seguro de que el supuesto cesionario estaba legitimado para exigirle el pago (59). Es más, podía negarse a pagarle en tanto no le hiciese entrega del documento del crédito (60). Esto no significa que la entrega del documento del crédito al cesionario fuese otro requisito de la cesión (61). Lo que sucede es que si el cesionario poseía este documento y el de la cesión veía notablemente mejorada su situación, puesto que tenía a su favor la apariencia de titularidad, puesto que ya el deudor no podía negarse a pagarle. Y también podía evitar que el cedente frustrase su adquisición, puesto que si éste retenía el documento y volvía a ceder el mismo crédito y al cesionario posterior sí entregase el documento del crédito éste sería el que prevalecería si fuese de buena fe (61 bis). No es de extrañar, pues, que se considerase que el documento del crédito era uno de sus accesorios que, como los demás, correspondían al cesionario, el cual podía exigir su entrega al cedente (62).

Si el deudor pagase al cesionario sin que éste le entregara el documento de cesión cuando éste es preciso, y el cedente le exigiese el pago, para evitar tener que volver a pagar tendría que probar la cesión o que ésta le había sido notificada por el mismo cedente (63). El deudor, pues, se colo-

(56) «Doch sind alle Verhandlungen zwischen dem Cedenten und Schuldner, nach wirklich erfolgter Cession, ungültig, wenn klar erhellet, daß der Schuldner die Cession gewußt, und nur, um seinen Vortheil mit dem Schaden des Cessionarii zu befördern, in diese Verhandlungen sich eingelassen habe» (§ 417 ALR).

(57) § 394, transcrito en nota 45.

(58) «Der Schuldner kann nur einem solchen Cessionario mit Sicherheit zahlen, welcher sich durch den Besitz des Instruments, und einer schriftlichen auf ihn gerichteten Cession zugleich legitimirt» (§ 395 ALR).

(60) § 396 ALR.

(61) Stobbe, *op. cit.*, nota 24 a pie de página 182.

(61 bis) Stobbe, *op. cit.*, nota 25 a pie de pág. 182, aunque con cita del proyecto de Código Civil alemán, que es ya bastante posterior al Código prusiano.

(62) Nota 236 al texto del § 395 ALR.

(63) Así se desprende de los §§ 398 y 414 ALR.

ca en una posición difícil si acepta pagar a un cesionario que no le entrega el documento del crédito, puesto que también podría verse obligado a pagar a otro cesionario, sí éste, aún siendo posterior su cesión a la del *accipiens*, era de buena fe y si poseía el documento del crédito y el de su propia cesión (64). Y, claro está, frente a este cesionario de buena fe tampoco vale al deudor demostrar que ha pagado a quien el cedente le había indicado en la notificación, puesto que se trataba de créditos documentados.

Así, puede decirse que poseedor del crédito y, en principio, acreedor aparente, cuando el crédito estaba documentado, era el acreedor originario o quien presentase el documento del crédito y el de cesión. Si el crédito no estaba documentado, lo era el acreedor originario o quien éste indicase al deudor como nuevo acreedor. Y cuando el deudor pagaba a persona distinta del poseedor del crédito (acreedor aparente) lo hacía a su propio riesgo.

Parece, pues, que el requisito de que la cesión constase por escrito cuando el crédito que se cedía estaba documentado, así como la facultad del deudor de negar el pago en tanto no se le entregase el documento del crédito, iban dirigidos a reforzar la seguridad del deudor, aún en el caso de que por el mismo cedente o judicialmente se le hubiese notificado al cesión. En tanto que el cesionario que pretendía el pago no satisficiera tales exigencias del deudor, éste podía o bien pagar al cedente (si el cesionario ha notificado la cesión sin demostrarla y el cedente la ha desmentido) o consignar la prestación (si el cedente le ha notificado la cesión o si no ha desmentido la notificada por el cesionario que no la acredita documentalmente) (65).

En cuanto a los acreedores del cedente, parece claro que no podían embargar el crédito tras la cesión, pues éste ya no pertenecía al cedente. Y en cuanto a los casos de doble cesión, la regla general era la de que sólo la primera era eficaz y el primer cesionario era el adquirente del crédito, puesto que el cedente perdió el poder de disposición con la primera cesión. El deudor, por tanto, se liberaba pagando al primer cesionario. No he encontrado en este caso previsión alguna relativa al supuesto en que el deudor hubiese pagado de buena fe a otro cesionario de un crédito no documentado cuya cesión resultara no ser la más antigua, en el sentido de si podía oponer al adquirente tal pago o si sólo se protegía al deudor que de buena fe pagaba al cedente (66).

(64) «Hat der Schuldner diese Vorschriften (§ 395, 396) vernachlässigt, so kann er sich mit der geleisteten Zahlung gegen einen dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht schützen» (§ 397 ALR).

(65) Así se desprende de los §§ 394 a 398 y 414 a 416 ALR.

(66) Sin embargo, más tarde se sostuvo una solución semejante a la prevista por el *Codex Maximilianus*: si el deudor pagase de buena fe al cesionario cuya cesión le hubiera sido notificada se liberaría, aunque resultase que había habido una cesión anterior, cuyo cesionario sólo podría dirigirse contra el cedente, no contra el deudor y tampoco contra el cesionario que cobró si éste actuó de buena fe (Stobbe, *op. cit.*, p. 181, con cita de diversos autores y cuerpos legales, entre los que no se encuentra el Código prusiano).

La doble cesión de crédito documentado daba lugar a soluciones especiales, justificadas en la exigencia de forma para la cesión y en el importante papel que entonces juega la entrega del crédito, como se ha visto. Si la primera cesión no estaba documentada y la segunda sí, parece que, en principio, prevalecía el segundo porque la primera cesión no reunía todos los requisitos, de manera que podía decirse que sólo la segunda era una verdadera cesión. Y si el deudor pagó al primer cesionario es claro que lo hizo a su propio riesgo. Si ambas cesiones constaban por escrito y es el segundo cesionario el que poseía el documento del crédito y era de buena fe, estaba legitimado para recibir el pago y también para exigirlo aunque el deudor hubiese pagado ya al primer cesionario (67).

Obsérvese que cuando las cesiones constasen por escrito la prevalencia del cesionario de buena fe que poseyera el documento del crédito podía llevar a admitir cesiones de crédito ajeno o, si se prefiere, a adquisiciones de crédito a *non creditore*: si el que lo posee es un segundo cesionario el cedente ya no era titular del crédito al ceder por segunda vez, pues había dejado de serlo con la primera cesión, si es que mantenemos que sólo la forma escrita y no la entrega del documento del crédito era requisito de la cesión (68). Imagino que de esta forma se protegía al que había confiado en la apariencia que la posesión del documento del crédito creaba en favor del cedente, o se sancionaba la negligencia del primer cesionario que no había exigido la inmediata entrega de tal documento.

Por mi parte, creo que esta conclusión no es del todo convincente. Y es que el *Allgemeine Landrecht* no la imponía taxativamente. Lo que en él se establecía era que si el deudor pagase a un cesionario cuya cesión no constase por escrito o no que no le presentase ni entregase el instrumento en que constaba documentado el crédito, podría verse obligado a pagar al poseedor de buena fe del crédito (69). Por tanto, no se ocupaba esa regla del conflicto entre diversos cesionarios de un mismo crédito antes o con independencia de que el deudor hubiese pagado a uno de ellos, sino del conflicto entre el deudor que ya ha pagado a uno que no era poseedor del crédito y otro cesionario que sí es poseedor del crédito, decidiendo que prevalezca este último. El conflicto que se plantea exclusivamente entre cesionarios porque ninguno de ellos ha cobrado no estaba, pues, explícitamente, al menos, resuelto aquí, por lo que podría sostenerse que era de aplicación la regla de la prioridad de la cesión más antigua entre las que constasen por escrito: éste sería el adquirente del crédito y tendría derecho a exigir la entrega del documento del crédito para, de esta forma, poder dirigirse contra el deudor para hacerlo efectivo o

(67) § 397 ALR, transcrito en nota 64.

(68) §§ 393 y 394 ALR, transcritos en notas 44 y 45.

(69) § 397 ALR, transcrito en nota 64.

negociar sobre él, con la seguridad de que éste no le va a poder negar su legitimación para hacerlo. Y, de esta forma, tal cesionario estaría también en condiciones de destruir la posible apariencia de titularidad en favor de otro cesionario de fecha posterior (70).

La solución que propongo es, pues, la de circunscribir la preferencia del poseedor del crédito al conflicto entre él y el deudor que pagó o negoció con otro que no lo era, sin hacerla extensiva al conflicto entre cesionarios, a menos que así se estableciera expresamente. Y no se pierda de vista cuáles eran los requisitos para ser considerado poseedor de un crédito documentado: poseer el documento del crédito y el documento de cesión.

Finalmente, parece que, dejando a un lado el caso de una segunda cesión de un crédito documentado y con entrega al segundo cesionario del documento del crédito, la cesión de crédito ajeno carecía de eficacia traslativa, debiendo, en consecuencia, el cedente indemnizar al cesionario por ello (71).

1.2. Sistema de cesión del Código Civil austríaco

1.2.1. *Precedente: Codex Theresianus* (71 bis)

El sistema traslativo era el de título y modo. Se requería una causa suficiente y un modo de adquirir (72), consistiendo este último en la entrega, si de bienes muebles se trataba, o en la inscripción del título en el registro correspondiente, si de inmuebles (73).

(70) *Quid*, si no lo hace a tiempo y el deudor ya hubiera pagado al poseedor del crédito. ¿Quedó el deudor liberado de la obligación, aunque sólo si desconocía la existencia de una cesión documentada de fecha anterior, es decir, si ignoraba que otro era el verdadero adquirente? Esta exigencia de buena fe en el deudor para que su pago al que estaba en posesión del documento del crédito y del de cesión sea liberatorio no estaba expresamente impuesta en el § 395 (vid. nota 59), aunque sí se exigía que no conociese la cesión para quedar liberado pagando al cedente en los §§ 413 y 417 (vid. notas 53 y 56). De aceptar tal exigencia de buena fe, resultaría que el primer cesionario con cesión documentada podría destruir la apariencia de titularidad ostentada por otro cesionario de fecha posterior pero poseedor del documento del crédito, notificando su propia cesión al deudor y mostrándole el documento en que se contiene, de fecha anterior a la del poseedor del crédito. El deudor ya no actuaría de buena fe si, sabiendo esto, pagase o negociase sobre el crédito con el poseedor del documento del crédito, puesto que la apariencia de titularidad que de la posesión de este último documento resultaba había quedado destruida para el deudor.

(71) «Der Cedent ist dem Cessionario für die Richtigkeit und Rechts gültigkeit der abgetretenen Forderung zu haften verpflichtet» (§ 420 ALR).

(71 bis) He utilizado la edición de Ph. Harras, Viena, 1884.

(72) Arts. 12 y 13, § II, cap. III, t. II, p. 46 y arts. 32 y 33, § III, cap. VI, t. II, p. 102.

(73) Arts. 43 y 44, § IV, cap. VI, t. II, p. 103.

En cuanto a los créditos no sólo admitía que el acreedor atribuyese a otro poder para cobrarlos, sino también clara y abiertamente que podía transmitir el derecho de crédito en sí, pasando a ser el cesionario el nuevo acreedor y dejando de serlo el cedente (74), con lo cual parece que también se abandonaban los esquemas romanistas de la doctrina del derecho común. Podían ser cedidos, por lo demás, cualesquiera derechos, por lo menos como regla general (75).

El sistema de cesión también parece, en principio, ser el de título y modo. Por lo que respecta al modo de la cesión o a la entrega misma, parece suficiente el acuerdo entre cedente y cesionario (76). Este acuerdo en transmitir se suponía distinto al del título o causa de la cesión, que también debía existir. Además, a los efectos de poder probar la cesión se requería la observancia de ciertas formalidades: la entrega del documento del crédito (instrumento donde quedó documentado el acto del que nació el crédito)

(74) «Die Abtretung und Uebergabe an Andere ist eine Handlung, wodurch ein Recht oder Forderung auch ohne Wissen und Willen des Schuldners an einen Anderen übertragen wird, also daß zwar der nemliche Schuldner bleibe, die Peron des Gläubigers aber dabei verändert werde, woraus sich der Unterschied sowohl von der Anweisung der Schuld, als von Anweisung der Zahlung ergibt» (art. 49, § IV, cap. XXIII, t. III, p. 394).

«Durch die andere Art der Anweisung aber wird nur die Befugnuß, die Zahlung einzutreiben, nicht aber das Recht und die Verbindlichkeit übertragen, mit welcher der angewiesene Schuldner dem Anweisenden noch allezeit verfangen bleibet; wo in Gegentheil durch die Abtretung das ganze Recht, was dem Abtretenden zugestanden, aus einer zu Übertragung des Eigenthums hinreichenden Ursache dem Anderen übergeben wird» (art. 51, *últ. loc. cit.*), p. 395).

(75) «Alle sowohl dingliche als persönliche Rechten, Forderungen und Schulden können abgetreten werden, doch mit Ausnahm jener Gerechtsamen und Gebühren, welche von der Person des Berechtigten dergestalten unzertrennlich sind, daß sie von niemand Anderen ausgeübet, bezogen oder genossen werden mögen» (art. 54, *últ. loc. cit.*).

(76) «Die Art und Weis der Abtretung oder Uebergabe einer Forderung ist nach Verschiedenheit deren dinglichen und persönlichen Rechten und Haftungen unterschieden; zur Abtretung deren persönlichen ist die Einwilligung beider Theilen, als nemlich Abtretenden und Uebernehmenden genug» (art. 56, *últ. loc. cit.*).

Sin embargo, también se entendía entregado el crédito mediante su ejercicio por el cesionario con el consentimiento del cedente:

«Unkörperliche Dinge hingegen, als Rechten und Gerechtigkeiten, woferne sie nicht körperlichen Sachen ankleben und mit denenselben übergeben werden, können für sich allein aus Mangel sichtlicher Anzeige und leiblicher Berührung eigentlich nicht übergeben werden, sondern diese werden an eigenen Sachen durch den Gebrauch des Einen und Duldung des Anderen bestellt, und an fremden Sachen durch Verzicht und Begebung dessen, deme sie gebühren, abgetreten» (art. 4, § 1, cap. VI, t. II, pp. 98 y 99).

y la constancia documental de la cesión o de la entrega o la declaración de dos testigos (77). Además, había de hacerse mención en el documento de cesión de la causa o título para que éste fuese eficaz (78).

La producción del efecto traslativo no sólo dependía de la concurrencia de título y modo y de las formalidades requeridas para la prueba de la cesión por el cesionario. Por lo menos, no bastaba con ello para que el deudor quedase desvinculado del cedente y quedase obligado frente al cesionario. Es decir, para que la cesión fuese oponible al deudor había de serle notificada por escrito o judicialmente (79). Aunque, ciertamente, el cedente no podía desconocer la cesión, en el sentido de que había quedado vinculado frente al cesionario, esto no impedía reconocerle la facultad de exigir del deudor el cumplimiento o de concluir con él otros acuerdos modificativos o extintivos de la relación obligatoria, puesto que él seguía siendo el titular del crédito, si bien debería entonces indemnizar al cesionario (80). Parece, pues, que si antes de la notificación no podía el deudor negarse a pagar al cedente oponiéndole la cesión, porque éste seguía siendo titular del crédito para el deudor, pues seguía vinculado frente a él, si el deudor pagaba al cesionario, en principio, pagaba mal y, en todo caso, a su propio riesgo. Mientras que si la cesión le había sido notificada se desvanecía el vínculo del deudor frente al cedente y ya debía tener al cesionario como su nuevo acreedor, por lo que si el deudor pagaba al

(77) «Damit aber der Uebernehmende die ihm gemachte Abtretung zu erweisen im Stande sein möge, wird nebst der Ausantwortung des Schuldscheins..., annoch die Ausfertigung einer besonderen Abtretungs- oder Uebergabsurkunde oder die Aussage zweier geschworener Zeugen erfordert...» (art. 57, § IV, cap. XXIII, t. III, p. 395).

(78) Art. 61, úl. loc. cit., p. 396.

(79) «Ohnerachtet aber der Abtretung oder Uebergabe einer Rechts oder Forderung auf den Uebernehmenden kann jedennoch die Verbindlichkeit des Schuldners, mit welcher derselbe dem Abtretenden verfangen ist, anderer Gestalt nicht getilget werden, als wann..., die Abtretung persönlicher Forderungen dem Schuldner entweder schriftlich oder durch eine geschworne Gerichtsperson bedeutet worden» (art. 75, últ. loc. cit., pp. 397 y 398).

«In Absicht auf den Uebernehmenden wirkt die Abtretung eines Rechtes oder Forderung, daß derselbe..., bei persönlichen Forderungen durch die dem Schuldner gemachte Ankündigung das volle Recht hieran erwerbe und Eigenthümer der abgetretenen Forderung werde, also daß er Fug und Macht habe, damit als mit seinem eigenen Gut zu schalten und zu walten» (art. 18 últ. loc. cit.).

(80) «Solange daher nach Verschiedenheit dieser zweierlei Gattungen von Forderungen Eines oder das Andere nicht mehr widerrufen, doch bleibet er noch allezeit Eigenthümer der abgetretenen Forderung, also und dergestalten, daß ihm bis dahin nicht allein von dem Schuldner die Zahlung sicher und gültig geleistet werden möge, sondern auch der dem Schuldner hieran gemachte Nachlaß bestehe, obschon er dem Uebernehmen für das, was er an der abgetretenen Schuld von dem Schuldner eingehoben oder demselben nachgelassen, gerecht werden muß» (art. 76, últ. loc. cit.).

cedente lo había ya a su propio riesgo (81), a riesgo de que la cesión hubiera sido eficaz.

Por lo demás, el deudor debía quedar en la misma situación jurídica, que no se veía mejorada ni empeorada por la cesión. Y, una vez que le había sido notificada, podía oponer al cesionario las excepciones que le correspondían contra el cedente, a menos que hubiese acordado la novación con su nuevo acreedor (82).

En caso de doble cesión de un mismo crédito, prevalecía aquel de los cesionarios cuya cesión fuese probadamente la de fecha anterior a las demás, aunque otra hubiese sido notificada antes al deudor (83). La cesión de fecha anterior debía probarse, como sabemos, documentalmente o mediante testigos, y el cesionario debía estar en posesión del documento del crédito. Esta regla cedía ante la prueba del fraude cometido por el cesionario cuya cesión hubiese sido la primera en ser documentada (84). Pero repárese en que el criterio para resolver este conflicto (prioridad de la fecha) no coincidía con el adoptado para decidir la vinculación del deudor (la notificación), por lo que podía suceder que habiendo recibido éste sólo la notificación de una cesión, hubiera pagado al supuesto cesionario, con lo que habría que ver si tal pago fue o no liberatorio. Sin embargo, habiendo recibido el deudor noticia de varias cesiones hechas por el mismo cedente, parece que debería antes de pagar comprobar cuál de ellas era de fecha anterior.

En relación al conflicto entre los acreedores del cedente y el cesionario, ninguna regla específica se contenía, quizá, porque se con-

(81) «Wann aber die Abtretung..., dem Schuldner bedeutet worden, hat der Abtretende hieran weiters kein Recht, sondern alle Verbindigkeit des Schuldners gegen ihm ist andurch für den abgetretenen Betrag gänzlich erloschen, folglich, was etwan sonach ihm an Capital oder Interessen abgeführt wird, zahlt der Schuldner auf seine Gefahr» (art. 77, úl. loc. cit.).

(82) «In Absicht auf den Schuldner hat die Abtretung die Wirkung, daß sobald solche..., demselben angekündet worden, er von dem vorigen Gläubiger für den abgetretenen Betrag befreit und dagegen dem Uebernehmer in eben derjenigen Maß, als er dem Abtretenden verstricket ware, dafür verbunden werde» (art. 85, últ. loc. cit., p. 399).

«Es bleiben ihm dahero alle Einreden und Einwendungen, welche demselben der abgetretenen Schuld halber wider den Abtretenden gebühret hätten, auch wider den Uebernehmenden bevor, maßen er zu nichts Wenigeren und auch zu nichts Mehreren, als was er dem Abtretenden schuldig ware, dem Uebernehmenden verbindlich wird, soferne zwischen disem und ihm keine absonderliche Erneuerung der Schuld gepflogen worden, als wornach sondann die neue Verbindlichkeit abzumessen ist» (art. 86, úl. loc. cit.).

(83) «Würde jedoch einerlei Forderung an Zweie abtreten, so ist..., hingegen Derjenige, dem die Abtretung erweislich zuerst geschehen, dem Anderen vorzuziehen, obgleich dieser dem Schuldner die Abtretung ehender bedeutet hätte» (art. 78, últ. loc. cit., p. 398).

(84) Art. 79, últ. loc. cit.

sideraba innecesario, si la solución debía ser la que se desprendía de las reglas generales ya vistas. Lo que sucedía era que esas reglas eran dos: en relación al deudor, lo decisivo era la notificación de la cesión, mientras que entre diversos cesionarios lo decisivo era la fecha y la prueba de la cesión. Creo que debía ser también este último el criterio a seguir para decidir el conflicto en el que intervinieran acreedores del cedente: podrían embargar el crédito en tanto no se acreditase que había sido cedido.

Finalmente, en relación a la cesión de crédito ajeno, parece que el cesionario nada adquiriría, como no fuera el derecho a ser resarcido por el cedente, sanción que expresamente se imponía al que conscientemente hubiera cedido el mismo crédito una segunda vez, pues esta segunda sería ya una cesión de crédito ajeno si la primera había sido eficaz (85). El cedente de crédito ajeno respondería por la garantía de la *veritas nominis* (86).

1.2.2. Líneas generales del sistema de cesión del Código Civil

El sistema traslativo adoptado con carácter general por el ABGB es el de título y modo. Y parece ser que no sólo es el aplicable a los derechos reales (*dingliche Rechte*), sino también a cualesquiera bienes patrimoniales, ya que se habla de transmisión de riqueza (*Eigentum*) en el sentido de contenido o valor patrimonial de un bien o derecho. Y la propia ley prevé la existencia de excepciones, en el sentido de supuestos en los que el efecto traslativo se producía sin necesidad de entrega (87). Por tanto, parece preverse que el general vaya a ser el sistema de título y modo y que el consensualista sólo excepcionalmente se admitía, es decir, sólo para aquellos casos en que una disposición legal así lo admitiese. Las formas de entenderse producida la entrega abarcan tanto la material como la simbólica o mediante signos y mediante una simple declaración en la *traditio brevi manu* o en el *constituto posesorio* (88).

De lo anterior parece resultar que, a menos que una norma estableciese algo distinto, el sistema de cesión de créditos sería también

(85) «Welcher jedoch wissentlich eine forderung an Zweie abtreten würde, ist so wie Jener, der eine schon wissentlich dem Anderen abgetretene Forderung an sich löset, nach Gestalt der Sachen an Leib oder Gut zu bestrafen, und solle über das, was von diesem Letzteren dafür gegeben oder zu geben versprochen worden, an Unsere Kammer verfallen sein» (art. 80, últ. loc. cit.).

(86) Arts. 69 y 70, últ. loc. cit., p. 397.

(87) «Der bloße Titel gibt noch kein Eigentum. Das Eigentum und alle dinglichen Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden» (§ 425 ABGB).

(88) §§ 426, 427 y 428 ABGB.

de título y modo. Lo que sucede es que en el § 1392 (89) se establece que la transmisión del crédito se produce con el acto de cesión (*Abtretung/Zession*), el cual existe desde que el cesionario acepta la transmisión. Y, ahora, de lo que se trata es de precisar si este acto de cesión es el título o el modo y, caso de ser el título, si está o no necesitado de la posterior entrega del crédito.

La cuestión de si el acto de cesión es el título o el modo no es fácil de resolver, puesto que los términos empleados no son todo lo expresivos que sería de desear; es más, se puede poner de manifiesto la existencia de una cierta contradicción. Así, mientras en el § 1392 se califica la cesión como de acto (*Handlung*), en el § 1395 se habla de contrato de cesión (*Abtretungsvertrag*). Siendo el término *Handlung* poco definitorio en sí acerca de si la cesión es o no el título (contractual), sin embargo, si lo referimos al término *Abtretungsvertrag*, parece que la respuesta debía ser la de que, efectivamente, el acto de cesión era el título contractual. De ser así, o se exige la entrega del crédito si se entiende que el § 1392 no contiene una excepción al sistema traslativo general de título y modo porque con el solo contrato de cesión nos falta el modo (90), o el sistema de cesión es el consensualista y basta con el contrato de cesión. Pero si atendemos al proceso de elaboración del precepto contenido en el § 1392, queda claro que el propósito del legislador fue el de no considerar la cesión como un título, como un contrato del que surgen obligaciones, sino como un modo de adquirir (91), esto es, como un acto jurídico con efecto traslativo, como un negocio de disposición (*Verfügungsgeschäft*), que es el cumplimiento de una obligación previa de transmitir el crédito (92).

Parece, pues, que en este punto el ABGB no se separó del derecho alemán del siglo XVIII, en el que la cesión hacía las veces de *traditio* en el seno de un sistema de título y modo. El acto de cesión seguía consistiendo en un acuerdo traslativo. Por esto, aunque en otros pre-

(89) «Wenn eine Forderung von einer Person an die andere übertragen, und von dieser angenommen wird; so entsteht die Umänderung des Rechtes mit Hinzukunft eines neuen Gläubigers. Eine solche Handlung heißt Abtretung (Zession) und kann mit oder entgelt geschlossen werden» (§ 1392 ABGB).

(90) Así, Zeiller, para quien del acto de cesión sólo nacían obligaciones, en concreto, para el cedente la de entregar el crédito, tras lo cual se producía el efecto traslativo (F. E. Zeiller, *Kommentar über das ABGB*, t. IV, 1813, pp. 84 y 85).

(91) Esto es lo que se desprende de la sustitución del término *Abtretungsvertrag*, que aparecía en el proyecto del Código Civil al definir la cesión, por el término *Handlung*, como explícitamente se declaró en la motivación de tal sustitución: «... weil Cession die Handlung selbst, der Modus aber kein Vertrag ist» (J. Ofner, *Der Ur-entwurf und die Beratungs-Protokolle des oesterreichischen ABGB*, t. II, Viena, 1889, p. 445).

(92) *Vid.*, por todos, V. Hasenöhr, *Das österreichische Obligationenrecht*, t. II, 2.ª ed., Viena, 1899, pp. 184, 185 y 189.

ceptos no se modificó la expresión contrato de cesión (Abtretungsvertrag), como, por ejemplo, en el § 1395, éste debía entenderse no en el sentido de que la cesión fuese el título, sino el negocio dispositivo, consistente en un acuerdo de voluntades en producir la transmisión, no en obligarse a llevarla a cabo (93). Este acuerdo traslativo no es, sin embargo, abstracto, sino que su eficacia depende de la validez y eficacia de la causa de la cesión, es decir, del título o negocio obligacional que le sirve de fundamento (Grundgeschäft) (94).

Creo, por tanto, que el § 1392 no establece tanto una excepción al sistema traslativo general de título y modo del § 425, cuanto una especialidad, pues el modo consiste en el acto de cesión y resulta del acuerdo en producir la transmisión. Esto hace que el sistema austriaco de cesión se aproxime bastante al consensualista: si el título consiste en un contrato y el modo en un acuerdo traslativo, resulta que la transmisión del crédito es, en realidad, el resultado del acuerdo de voluntades, si bien se diferenciaría de un sistema propiamente consensualista en que no basta con un solo acuerdo, el que perfecciona el título. Con todo, poca diferencia es ésta si se tiene en cuenta que el título o negocio obligacional y el modo o negocio de disposición pueden coincidir en el mismo acto (95): cuando así suceda la diferencia real con el sistema consensualista será poco apreciable.

Es claro que para la producción del efecto traslativo no se requiere el consentimiento del deudor. Sin embargo, se discutió, sobre todo en los años que siguieron a la publicación del ABGB, si era necesaria la entrega del crédito. Algún autor así lo sostuvo (96), porque entendió que el acto de cesión era el título o negocio obligacional y que estaba, por consiguiente, necesitado del modo para la producción del efecto traslativo, entendiendo por modo la entrega del crédito, concretamente, su entrega simbólica mediante signos que lo representasen, con arreglo al § 427 (97). La mayor parte de la doctrina, en

(93) Vid. H. Krasnopolski, *Österreichisches Obligationenrecht*, Viena, 1910, p 262.

(94) Por todos, *vid.* F. Geschnitzer, *Österreichisches Schuldrecht*, parte general, Viena y Nueva York, 1985-86, p. 178. A favor del carácter abstracto de la cesión en relación al deudor sólo he encontrado la opinión de un autor, H. Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. II, 1.ª parte, 2.ª ed., Viena, 1928, p 258.

(95) La admisión de esta posibilidad es general. Es más, parece ser lo más frecuente que las cosas sucedan así. Por todos, *vid.* Geschnitzer, *loc. cit.*

(96) Por todos, Zeiller, *loc. cit.*

(97) «Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit auch keine körperliche Übergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Warenlager oder einer andern Gesamtsache, gestattet das Gesetz die Übergabe durch Zeichen; indem der Eigentümer dem Übernehmer die Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, anschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist» (§ 427 ABGB).

cambio, se decantó claramente por la consideración del acto de cesión como un negocio de disposición no necesitado de la entrega del crédito para la producción del efecto traslativo, por entender que en el § 1392 se contiene una excepción o regla específica para la cesión de créditos, que hace inaplicable la exigencia de entrega del § 425; exigencia que debe quedar circunscrita a la transmisión de derechos reales y a la cesión de créditos incorporados a títulos valores o, por lo menos, a títulos de legitimación. A estos créditos solamente, y no a los demás, se ha entendido aplicable la exigencia de entrega para su transmisión, pero no a aquellos créditos que no están documentados, ni tampoco a aquellos que sí lo están, pero no en un título valor (98).

Por mi parte, sigo pensando que no era necesario poner las cosas tan difíciles y complicadas. El § 425, al prever que la ley puede establecer excepciones a la exigencia de modo, es lo suficientemente flexible como para entender que en el § 1392 se contiene, no ya una excepción a la exigencia de modo, sino una especialidad: para la transmisión del crédito sigue siendo necesario el modo, pero éste ya no consiste en la entrega simbólica prevista por el § 427, sino en un acuerdo traslativo. De esta manera, se mantiene formalmente la unidad del sistema traslativo, a la vez que se consigue que los créditos no incorporados a títulos valores circulen con el acuerdo de voluntades, causalmente justificado, de cedente y cesionario.

1.2.3. Conflictos típicos de intereses

Por lo que respecta a la situación jurídica del deudor frente al cedente y al cesionario, del tenor de los §§ 1395 y 1396 se desprende una posible contradicción en torno a la cuestión de si la notificación de la cesión al deudor es requisito para que ésta despliegue su eficacia (favorable o desfavorable) en relación a él o si para ello basta con que el deudor haya tenido conocimiento de la cesión, aunque por otras vías.

Y es que en el § 1395 se empieza estableciendo que el contrato de cesión (99) sólo crea una nueva vinculación entre las partes, cedente y

(98) De la polémica da cuenta suficiente Krasnopolski, *op. cit.*, pp. 263 y 264. Vid. también la diferente consideración de los Gestaltungsurkunden y los meros Beweisurkunden en K. Wolff, *Kommentar zum ABGB*, editado por H. Klaus, t. II, Viena, 1935, pp. 291 y 292.

(99) Téngase en cuenta que por contrato de cesión se entiende, según el § 1392, el acuerdo traslativo, que hace las veces de modo de adquirir, y que presupone la existencia de una causa o negocio obligacional que le sirve de fundamento.

cesionario, y no entre este último y el deudor (100). De aquí parece desprenderse que la cesión por sí misma es ineficaz para el deudor, el cual no está todavía vinculado al cesionario, como si éste no fuese todavía su acreedor, es decir, como si todavía no hubiese adquirido el crédito, como si la cesión, al igual que en el sistema francés y en el Codex Theresianus, no tuviese plenos efectos traslativos sin la notificación al deudor. Pero ha existido acuerdo en señalar que lo establecido en el primer inciso del § 1395 no es más que una explicación o fundamento de lo establecido en el resto del precepto (101), es decir, de la eficacia liberatoria o de la validez del pago o de cualquier trato entre deudor y cedente en tanto la identidad del nuevo acreedor no sea conocida (*nicht bekannt wird*) por el deudor (102). Por tanto, con la cesión (título más acuerdo traslativo), el cesionario adquiere el crédito a todos los efectos, sin necesidad de que haya habido notificación al deudor, el cual sólo por su buena fe queda protegido si paga o trata con el cedente, esto es, no porque siga vinculado a él, sino en la medida en que no sepa que otro es ya su acreedor (103).

Las cosas, sin embargo, vuelven a oscurecerse cuando en el § 1396.1 se establece que desde que al deudor le ha sido dado a conocer (*bekannt gemacht worden ist*) el cesionario, no puede ya aquél tratar o pagar válidamente al cedente (104). Ahora parece volver a requerirse la notificación de la cesión y de la identidad del cesionario. Hay, pues, una posible contradicción entre la frase ser conocido y haber sido dado a conocer (*bekannt wird/bekannt gemacht worden ist*), pues la primera no exige notificación y la segunda parece que sí. Esta discordancia ha venido siendo superada haciendo prevalecer el significado de la primera expresión, entendiendo que la segunda nada añade (105), o bien —y esto me parece mejor— entendiendo que la

(100) «Durch den Abtretungsvertrag entsteht nur zwischen dem Überträger (Zedent) und der Übernehmer der Forderung (Zessionar), nicht aber zwischen dem Letztem und dem Übernommenen Schuldner (Zessus) eine neue Verbindlichkeit» (§ 1395, pr. ABGB).

(101) Por todos, *vid.* Wolff, loc. cit., p. 316.

(102) «Daher ist der Schuldner solange ihm der Übernehmer nicht bekannt wird, berechtigt, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden» (§ 1395, *in fine*, ABGB).

No parece suficiente, pues, con que el deudor tenga noticia de que se ha producido una cesión, sino que ha de conocer también la identidad del cesionario. Algún autor ha sostenido, en base a esto, que el deudor podía liberarse pagando al cedente si no conociese la identidad del cesionario, aunque sí supiese que había habido una cesión (Wolff, loc. cit., p. 317).

(103) Por todos, *vid.* Hasenöhr, loc. cit., pp. 197-199.

(104) «Dieses kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Übernehmer bekannt gemacht worden ist; allein es bleibt ihm das Recht, seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen» (§ 1396, pr. ABGB).

(105) Hasenöhr, loc. cit., pp. 197 y 198.

diferencia entre esas expresiones no refleja un diferente contenido o regulación de la cuestión, sino una diferente perspectiva. Así, en el § 1395, donde está claro que no se exige notificación, se estaría señalando cuál es el elemento a partir del cual el deudor ya no puede pagar ni tratar sobre el crédito válidamente con el cedente: no es el momento de la cesión sino cuando el deudor sabe que se ha producido la cesión y quién es el cesionario. Y en el § 1396.1 se estaría pensando en el tema de la prueba: si el deudor paga o negocia sobre el crédito con el cedente, el cesionario, que reclama la ineficacia de tales actos, puede obtenerla probando que el deudor conocía la cesión y el cesionario (§ 1395), prueba ésta bastante difícil, o bien, simplemente, que estos datos le habían sido notificados (§ 1396), sin tener en este caso que demostrar además que el deudor llegó a conocerlos realmente (106).

Parece claro, pues, que con la cesión el cedente deja de ser titular del crédito y, por consiguiente, que ya no debe exigir el pago al deudor ni negociar con él sobre el crédito. Sin embargo, si el cedente actúa como si la cesión no hubiese tenido lugar y exige al deudor el pago, o concluye con él un acuerdo sobre el crédito, se protege al deudor que actuó de buena fe, es decir, que no sabía que otro era su acreedor. De forma que en esta situación no es que el deudor tenga derecho a pagar o tratar sobre el crédito con el cedente, puesto que éste ya no es su acreedor, sino por su buena fe (107), puesto que no tiene por qué conocer la cesión. Por esta misma razón, el deudor que ya conoce la cesión puede y debe negarse a pagar o negociar con el cedente, aunque no haya habido todavía notificación (108). Si, a pesar de conocerla, el deudor no hace caso de ella y actúa con el cedente, lo hará a su propio riesgo.

Por su parte, el cesionario, que es el verdadero titular del crédito desde la cesión, puede exigir el pago al deudor o negociar con él sobre el crédito. Sin embargo, el deudor puede negarse a pagarle o a negociar con él en tanto no esté seguro de que él es su nuevo

(106) Téngase en cuenta que en el derecho austriaco rige la teoría de la recepción y no la del conocimiento por el destinatario, por lo que basta la prueba de la recepción de la notificación. Pero si no se prueba la notificación al deudor hay que demostrar entonces el conocimiento efectivo de la cesión por el deudor, así como el de la identidad del cesionario (Wolff, loc. cit., pp. 317 y 318).

(107) No creo que del carácter liberatorio del pago hecho de buena fe al cedente quepa deducir, sin más, que éste ha sido un pago debido y que por esta razón es válido. Tal pago es indebido porque el *accipiens* no está legitimado para exigirlo. Lo que sucede es que al *solvens*, por su buena fe, se le permite oponer ese pago al cesionario, su verdadero acreedor. Pero sin que esto impida al deudor pagar al cesionario y exigir al cedente la devolución de lo indebidamente cobrado (en contra, Wolff, loc. cit., p 317).

(108) Por todos, Hasenörhl, loc. cit., pp. 198-200.

acreedor (109). Lo más fiable para el deudor es la notificación de la cesión y la indicación de la identidad del cesionario, hecha por el cedente (110). La notificación hecha por el sedicente cesionario no puede ser tan fiable, y el deudor pagaría a su propio riesgo si hiciese caso de ella sin exigir pruebas de su veracidad. Pero esto no significa que pueda el deudor no tener en cuenta la notificación del cesionario y pagar al cedente, porque esta notificación sí era suficiente para excluir la buena fe del deudor. Por tanto, si éste tiene dudas sobre la realidad de la cesión notificada por el sedicente cesionario actúa a su propio riesgo, tanto si lo hace con el cedente, pues ya no puede decir que no conociese la cesión si ésta existió, como si lo hace con el cesionario, puesto que no tiene una prueba suficiente de la cesión que le permita hacerla valer después contra el cedente si resulta que la cesión no tuvo lugar o fue ineficaz, por lo que puede liberarse consiguiendo la prestación (111).

Cuando el deudor paga de buena fe al cedente y queda liberado de la obligación, al cesionario no queda otra posibilidad que la de dirigirse al cedente, si es que éste no le ha entregado lo recibido del deudor, para que le indemnice los daños y perjuicios por su incumplimiento del contrato. Si el deudor que pagó al cedente no quedó liberado de su obligación porque tal pago no es oponible al cesionario, éste puede exigir el cumplimiento al deudor, y si éste paga por segunda vez, podrá dirigirse contra el cedente para recuperar lo indebidamente cobrado por éste; y si el deudor no paga al cesionario éste puede dirigirse contra el cedente por incumplimiento de su obligación de no exigir el crédito al deudor (112).

En cuanto al conflicto entre el cesionario y los acreedores del cedente, parece claro que tras el acto de cesión no puede ser ya el crédito embargado por tales acreedores, pues ya no pertenece al cedente, aunque todavía no se haya notificado la cesión al deudor o aunque éste todavía no la conozca (113).

En caso de doble cesión de un mismo crédito por el mismo cedente, hay dos posibles conflictos a resolver. Uno es el que existe entre los diferentes cesionarios para decidir cuál de ellos ha adquirido el crédito. El otro es el que puede plantearse entre el deudor que ya ha pagado o negociado sobre el crédito con un cesionario no adquirente y el adquirente.

(109) Por todos, Zeiller, loc. cit., pp. 87 y 88.

(110) Vid. M. von Stubenrauch, *Kommentar zum österreichischen ABGB*, t. II, 8.^a ed., Viena, 1903, p. 813, nota 2, con apoyo en el derecho alemán. El deudor puede confiar en la notificación que le hace el cedente y se libera pagando al indicado por éste como cesionario, aunque la cesión no haya tenido lugar o sea ineficaz.

(111) Vid. Wolff, loc. cit., p. 319.

(112) A. Ehrenzweig y H. Mayrhofer, *Schuldrecht*, parte general, 3.^a ed., Viena, 1986, p. 494.

(113) Por todos, Wolff, loc. cit., p. 292.

En relación al primero ha habido acuerdo en señalar que adquiere el crédito el cesionario cuya cesión fuese la más antigua (114), porque una vez producida una cesión, el cedente ya dejó de ser titular del crédito y, por consiguiente, no podía ya transmitirlo (115) a un segundo cesionario. Esta segunda cesión sería ineficaz, puesto que se trata de una cesión de crédito ajeno, cuyo significado no puede ser, aparte del fraudulento, otro que el de que nazca el compromiso para el cedente de adquirirlo —en este caso, readquirirlo— para no incumplir su obligación de transmitirlo al segundo cesionario (116). Para decidir este conflicto es la fecha de la cesión lo que se tiene en cuenta, y no la notificación al deudor (117) ni el conocimiento que éste tuviera de la cesión.

Más complicada se presenta la segunda cuestión. Hubo acuerdo en admitir que si el deudor, no conociendo ninguna de las cesiones, hubiese pagado al cedente, habría quedado liberado de la obligación ex §§ 1395 y 1396, debido a su buena fe. También ha habido acuerdo en señalar que si el deudor paga al cedente o a uno de los cesionarios sabiendo que otro es su nuevo acreedor, no se libera y puede verse obligado a pagar una segunda vez, ésta al verdadero adquirente (118). También ha habido acuerdo en admitir que si son varias las cesiones de las que tiene noticia el deudor y no está claro cuál de los cesionarios ha adquirido el crédito, puede liberarse consignando la prestación (119). En cambio, no todos han estado de acuerdo en decidir si es o no liberatorio el pago que el deudor hubiere hecho de buena fe a uno de los cesionarios no conociendo la existencia de una cesión anterior. La mayoría de los autores parece inclinarse por la respuesta afirmativa, aplicando la misma solución que al supuesto de pago de buena fe al cedente cuando el deudor no conoce la cesión (120). Algún autor ha sostenido, por el contrario, que el deudor no se libera pagando a un cesionario no adquirente, a menos que el cedente le hubiese notificado esa cesión e indicado el pago a ese cesionario y que el deudor siguiese sin saber en el momento de pagar a ese cesionario que no era él el adquirente (121).

(114) Sin embargo, cuando se trata de bienes corporales la regla es la prevalencia de aquel que antes entró en posesión de la cosa, según el § 430 ABGB.

(115) Por todos, L. R. von Kirchstetter, *Commentar zur österreichischen ABGB*, Viena, 1894, p. 681.

(116) Wolff, loc. cit., p. 293.

(117) Por todos, Krasnopolski, *op. cit.*, p. 270.

(118) Por todos, Hasenöhrl, loc. cit., pp. 200 y 201.

(119) Por todos, Krasnopolski, *op. cit.*, p. 271.

(120) Por todos, Hasenöhrl, loc. cit., p. 201.

(121) Así, Wolff, loc. cit., p. 320. De esta opinión se desprende que, a falta de notificación por parte del cedente, el deudor paga a su propio riesgo si paga al sedicente cesionario, por lo que la forma de quedar a cubierto de tal riesgo es dirigirse al cedente para que le confirme si el sedicente cesionario ha adquirido o no el crédito o si hay otro de fecha anterior.

Por su parte, el cesionario o los cesionarios que no hayan podido hacer efectivo el crédito podrán dirigirse contra el cedente por incumplimiento. El adquirente que no lo ha podido cobrar puede, además, optar por dirigirse contra el deudor, si éste no se liberó al pagar a otro cesionario o al cedente; pero sólo tendrá acción contra el otro cesionario que cobró indebidamente si éste actuó ilícitamente, pero no si era de buena fe, puesto que el adquirente no es el propietario de la prestación, sino tan sólo del crédito (122). Parece, pues, que esta pretensión de resarcimiento del verdadero adquirente del crédito contra el cesionario *accipiens* de mala fe sería, más bien, un supuesto de tutela aquiliana del crédito.

Finalmente, por lo que respecta a la cesión de crédito ajeno, ha habido acuerdo en afirmar su ineficacia adquisitiva para el cesionario. No se consideran aplicables a los créditos no incorporados a títulos valores las reglas de protección al adquirente de buena fe que actuó confiando en la apariencia, por lo que no cabrían, en este sentido, adquisiciones *a non creditore*, sino que para el cesionario tan sólo surgiría una pretensión indemnizatoria contra el cedente (123).

2. SISTEMA ALEMAN DE CESION

2.1. Antecedentes en el siglo XIX

2.1.1. *Doctrina alemana*

Ha de ser tenido en cuenta, en primer lugar, Mühlenbruch (124), pues cuando parecía que se iba consolidando la admisión de la transmisibilidad *inter vivos* de los créditos sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor e, incluso, sin que fuese necesario que se le notificase (125), este autor provocó que, por algún tiempo, imperase otra vez la tesis contraria.

Así, partiendo de los esquemas romanos que contemplaban al cesionario como un mandatario en cosa propia o como beneficiario de una acción útil, elaboró una teoría unitaria de la cesión (126). El punto de partida se encontraba en una consideración estrictamente subjetiva y relativa del crédito, que no era considerado más que como

(122) Wolff, *últ. loc. cit.*

(123) *Vid.* Wolff, *loc. cit.*, p. 293, y Geschnitzer, *loc. cit.*, p. 186.

(124) C. F. Mühlenbruch, *Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte*, 3.ª ed., Greifswald, 1836, unas veces citada directamente y otras por medio de Luig, *Zur Geschichte...*, *cit.*

(125) Recordemos los códigos alemanes del s. XVIII y el austriaco.

(126) *Vid.* resumen en Luig, *op. cit.*, pp. 51-54.

una relación jurídica o *vinculum iuris* entre acreedor y deudor, no susceptible de ser cosificado u objetivado como derecho de una persona distinta al acreedor originario, por lo que éste no podía disponer de la relación, ya que él era sólo una de las partes: el contenido del *vinculum iuris* no puede ser objeto del derecho de cualquiera, esto es, de persona distinta al acreedor, porque consiste en facultades de actuación de una persona determinada y en personales deberes del deudor (127).

El resultado al que se llegaba era que efecto de la cesión no podía ser otro que el de conferir al cesionario la autorización para hacer efectivo el crédito, que seguía siendo un crédito ajeno al cesionario (128). De aquí se desprende que éste pudiera hacer valer ese crédito sólo en la misma medida en que pudiera hacerlo el cedente, esto es, con las mismas preferencias, pero también con las mismas limitaciones (129). Esta idea era difícilmente conciliable con la consideración del cesionario como *singularis successor iuris alieni* (130), que podía transmitirlo a otro (131), y que en el proceso frente al deudor era tenido como verdadera parte a todos los efectos, es decir, como si se tratase de un derecho propio del cesionario (132).

Parece, pues, que ni siquiera en principio se derivaban diferencias prácticas sustanciales de considerar que objeto de la cesión no era la titularidad del crédito, sino sólo el derecho a ejercitarlo. Es decir, por ejemplo, no por ello el cesionario recibía mayores facultades prácticas de actuación que cuando se le consideraba como nuevo titular del crédito. Al cesionario sólo no le eran transferidos aquellos derechos del cedente que no tenían una conexión directa con el crédito, tales como los privilegios procesales o el derecho de retención (133); y en esto nada difiere de lo visto hasta aquí en aquellos códigos que sí admitían la transmisión a título singular del derecho de crédito. Tampoco es argumento decisivo los mayores poderes de actuación del cedente sobre el crédito en la teoría de la cesión del derecho a ejercitarlo (exigir el pago al deudor, volverlo a ceder), puesto que éstos no eran tanto consecuencia de la intransmisibilidad de la titularidad, cuanto de la exigencia de notificación al deudor, como requisito para reasegurar la situación del cesionario, como sucede en el sistema francés de cesión, por más que el derecho francés hacía siglos que había admitido la transmisión de créditos sin contar con el deudor.

(127) Vid. en Luig, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

(128) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 503.

(129) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 552 y 554.

(130) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 552.

(131) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 491.

(132) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 495 y 496.

(133) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 574 y 575.

La cesión no creaba, por sí sola, una relación jurídica entre deudor y cesionario, que asegurase la situación jurídica de este último frente al cedente, sino que esto resultaba de la notificación de la cesión al deudor (134), sin que el conocimiento que éste tuviera de ella por otras vías o, incluso, la notificación del cedente valieran para ello, pues se requería que partiese del cesionario (135). Antes de tal notificación podía el cedente exigir el pago al deudor y éste no podía oponerle la cesión, sino que debía pagarle, quedando liberado de la obligación (136). En caso de doble cesión, el segundo cesionario no adquiriría más derechos que aquellos que todavía tuviese el cedente, por lo que prevalecía este segundo cesionario sobre el de fecha anterior si cobrase el crédito o si acordase con el deudor su modificación o extinción antes de que el primer cesionario hubiese notificado su cesión al deudor (137). Una vez producida esta notificación, carecía de eficacia liberatoria el pago que el deudor hiciese al cedente, pudiendo aquél oponer a éste la *exceptio doli* y debiendo negarse al pago o a concluir con él cualquier acuerdo sobre el crédito, en tanto que se liberaba pagando al cesionario y podía negociar válida y eficazmente con él sobre el crédito (138). Y si, a pesar de todo esto, pagase al cedente, podría verse obligado a pagar al cesionario, si bien tendría derecho a dirigirse contra el cedente mediante la *condictio sine causa* (139). Y si hubiera habido otras cesiones, la notificación de la cesión por el cesionario de

(134) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 491.

(135) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 492 y 493.

(136) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 501, donde se reconoce al cedente también la facultad de impedir que el deudor pague al cesionario, advirtiéndole que no lo haga, siempre que esta advertencia tuviera lugar antes de que el cesionario hubiera notificado la cesión al deudor.

(137) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 502. Pero, ¿se entendía que este segundo cesionario había notificado la cesión al deudor? Nada de esto se dice, por lo que resulta un tanto chocante que se concediera efecto liberatorio y validez a lo actuado por el deudor con un cesionario cuya cesión no era de fecha anterior y que podía no haber sido notificada al deudor, mientras que no se afirmaba el carácter liberatorio al pago hecho al único cesionario o al de la cesión más antigua, si no le había sido notificada esa cesión al deudor. Y, por otra parte, parece que no era la notificación de la cesión por el segundo cesionario lo que le aseguraba su posición en relación al deudor, sino el cobro o los negocios modificativos o extintivos de la obligación realizados con el deudor: si el segundo cesionario sólo notificaba pero no cobraba ni acordaba algún cambio en la relación obligatoria, prevalecía el primer cesionario, aunque éste hubiese notificado después su cesión. Por tanto, parece que lo que aseguraba la adquisición del cesionario no era siempre lo mismo, sino que dependía de que se tratase del primero o de otro posterior: el primero la aseguraba con la notificación, en tanto que otro posterior, con o sin notificación, la aseguraba con el cobro o el acuerdo modificativo o extintivo de la obligación concluido con el deudor.

(138) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 491, 492 y 592.

(139) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 492.

fecha anterior impedía al deudor liberarse después pagando al cedente o a otro cesionario.

Finalmente, por lo que respecta al sistema de cesión, decir que éste seguía siendo, en línea de principio, el de título y modo. El primero consistía en un negocio básico obligacional, en tanto que el segundo sería el dispositivo o traslativo, y consistía en una declaración de voluntad del cedente de producir efectivamente la cesión, declaración que normalmente se encontraría contenida en el negocio que servía de base a la cesión (140). Se mantenían, por tanto, las líneas generales de los códigos anteriormente analizados: título y modo, donde, sin embargo, no hay más que declaraciones de voluntad, que podían coincidir en un solo acto. El negocio dispositivo o cesión en sentido estricto seguía siendo causal, puesto que su eficacia seguía dependiendo de la existencia y validez del negocio obligacional, recayendo en el cesionario no sólo la carga de la prueba de la cesión (declaración de voluntad del cedente de producir la transmisión), sino también la de la validez del título en el que se fundamenta la cesión (141). Sin embargo, esta exigencia probatoria estaba bastante aligerada, puesto que se admitía la suficiencia de la prueba de un acto de adquisición formalmente válido, recayendo en el deudor demandado la carga de la prueba contraria a la adquisición, como una excepción más (142).

El siguiente hito en la evolución de la teoría de la cesión en la doctrina alemana del siglo XIX parece ser el representado por la obra de Windscheid. Parece haber acuerdo en atribuirle el mérito principal, aunque no exclusivo, de haber sostenido la transmisibilidad del derecho de crédito, y ello no sólo porque las necesidades del tráfico así lo exigían, o porque en el derecho alemán o en la conciencia jurídica de la época ya había sido aceptada, sino también como desarrollo y evolución «natural» del derecho romano.

Así, frente a la tesis de que la cesión sólo atribuía al cesionario el derecho a ejercitar y disponer del crédito permaneciendo la titularidad de éste (la *obligatio*) en el mismo cedente, por lo que la acción útil que podía ejercitar el cesionario era una acción ajena, esto es, del cedente, como ajeno era el derecho de crédito, Windscheid sostuvo que si bien el derecho romano nunca abandonó el dogma de la intransmisibilidad singular del derecho de crédito, el cesionario no ejercitaba la acción útil en nombre del cedente, sino en el suyo propio, pues se trataba de una acción propia del cesionario, por medio de la cual exigía del deudor la prestación como si él fuese su verdadero acreedor y no como si fuese representante del

(140) Vid. resumen en Luig, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

(141) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 603 y 604.

(142) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 604 y 605.

acreedor: la ficción en que se basa la acción útil no consistía, pues, en que el cesionario-demandante actuara como si fuese representante (*procurator in rem suam*) del acreedor, sino en que él fuera el acreedor (143). Como, además, Windscheid insistía en la autonomía de la acción respecto del derecho material, en general, y, en concreto, de la acción del cesionario frente a la *obligatio* (titularidad del crédito subsistente a favor del cedente), y entendía que el derecho material o pretensión (*Anspruch*) resultaba de la acción, el resultado era que el cesionario adquiría con la propia acción o, mejor, en virtud de ésta, un derecho (144) propio, si bien en el derecho romano no se dejó de afirmar que el cedente seguía siendo el titular del crédito.

El siguiente paso, esto es, el reconocimiento explícito de la transmisión del crédito al cesionario y la consiguiente extinción de la titularidad del cedente, no se dio en el derecho romano, pero sí que se llegó a ese mismo resultado en la práctica. Windscheid consideraba que ya ese resultado era susceptible de ser asumido también en el plano teórico. Ya no podía ser un obstáculo la afirmación de que el cambio de acreedor provocaba una modificación de la relación jurídica que hacía que no fuera ya la misma, porque también sucedía esto con el cambio de titularidad en una relación jurídico-real, y todos lo admitían (145). Además, sostenía que el crédito sólo debía ser intransmisible si el contenido de la prestación debida perteneciera a la esencia del mismo, lo cual no sucedía desde el momento en que se admitía su sustitución por la indemnización de daños y perjuicios cuando su cumplimiento en la forma prevista no era posible, por lo que con mayor razón había de permitirse el cambio de acreedor permaneciendo la misma prestación inicialmente prevista (146). Por ello, Windscheid no sólo no veía inconvenientes insuperables, sino que entendía perfectamente posible reconocer explícitamente la transmisibilidad del derecho de crédito sin tener que contar con el consentimiento del deudor, pretensión que basaba tanto en las necesidades del tráfico, cuanto en la conciencia jurídica alemana, que ya lo había asumido, por lo que era ya algo conforme al derecho consuetudinario. Es decir, que el derecho romano no debía constituir un obstáculo insuperable al reconocimiento explícito en el plano teórico y principal de algo

(143) B. Windscheid, «Die Singularsukzession in Obligationen», en B. Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, editado por P. Oertmann, Leipzig, 1904, p. 209; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. III, 1.^a parte, Düsseldorf, 1865, notas 6 y 7 a pie de pp. 224 y 225.

(144) *Vid.* resumen en Luig, *op. cit.*, pp. 91-93.

(145) Windscheid, *Die Singularsukzession...*, cit., p. 208.

(146) Windscheid, *Lehrbuch...*, cit., nota 10 a pie de p. 226.

que ya era previamente admitido socialmente, por lo que consideraba que el fruto ya estaba lo suficientemente maduro y listo para ser cogido (147).

Por lo que respecta al sistema de cesión, ésta consistía en una declaración de voluntad del cedente de transferir el crédito, que había de ser aceptada por el cesionario, pudiendo aquél revocar su declaración en tanto que éste no la hubiese aceptado (148). Este acuerdo traslativo era equiparado a la *traditio* en la transmisión de los bienes corporales y, como ésta, estaba desligado de la causa de la adquisición. Por tanto, ya aparece la cesión configurada como un negocio abstracto de disposición, puesto que su validez y eficacia no dependían del negocio causal obligacional, sino de la existencia de una clara voluntad de transferir el crédito (149).

Con el acuerdo de cesión, el cesionario adquiría el crédito y podía no sólo cobrarlo, sino también disponer *inter vivos* y *mortis causa* de él (150). Sin embargo, el acto de cesión no era suficiente por sí solo para que el cedente dejase de ser acreedor, pues también él podía cobrarlo y exigir su pago al deudor, el cual no podía oponerle la cesión producida; como también podía compensarlo o darlo en prenda al cedente (151). Por tanto, con el acto de cesión, tanto el cedente como el cesionario eran acreedores, titulares del crédito, en una situación que Windscheid presentaba como un supuesto de obligación correal (152).

El cesionario podía excluir al cedente y quedar como único titular del crédito tomando posesión de su derecho, lo cual se realizaba notificando simplemente la cesión al deudor (153), sin que a la notificación del cesionario se pudiera equiparar en su eficacia el conocimiento que el deudor tuviese de la cesión, si lo había obtenido por otras vías, incluida la notificación de la cesión por el ceden-

(147) «Wir brauchen nur die Frucht abzuschüteln» (Windscheid, *Die Singularruskzession...*, cit., p. 210).

(148) Windscheid, *Lehrbuch...*, cit., p. 227.

(149) Windscheid, últ. *op. cit.*, nota 5 a pie de pp. 227 y 228. Lo que sucede es que la separación entre negocio básico obligacional y negocio abstracto de disposición no siempre existe; por ejemplo, en la compra está la declaración misma de transmisión, por la que el vendedor declara ceder lo vendido (Luig, *op. cit.*, p. 129).

(150) Windscheid, últ. *op. cit.*, p. 229.

(151) Windscheid, últ. *op. cit.*, pp. 229 y 230.

(152) En un primer momento, Windscheid entendió que el cesionario no adquiría el crédito con el solo acto de cesión, pero después sí le reconoció esa suerte de titularidad compartida con el cedente hasta la notificación (Windscheid, últ. *op. cit.*, nota 8 a pie de pp. 231 y 232).

(153) Windscheid, últ. *op. cit.*, p. 231. A la notificación de la cesión se equipara la *litiscontestatio*, la aceptación de un pago parcial, así como una reclamación judicial o extrajudicial del crédito (*vid.* Luig, *op. cit.*, p. 93).

te (154). Es decir, tras la notificación del cesionario, el deudor ya no podía pagar al cedente ni negociar con él sobre el crédito con eficacia frente al cesionario, que quedaba ya como único titular del crédito.

Por lo que respecta a la doble cesión del mismo crédito, en un primer momento entendió Windscheid que prevalecía el cesionario que primero hubiera tomado posesión del crédito, es decir, que primero hubiera notificado la cesión al deudor. Esto era coherente con su idea inicial de que el cesionario no pasaba a ser titular del crédito por la sola cesión, sino que para esto era necesaria la toma de posesión. Cuando después entendió que el cesionario sí adquiriría el crédito desde la cesión y que la toma de posesión sólo tenía como efecto excluir la cotitularidad del cedente, quedando el cesionario como único acreedor, lógicamente dirá que entre los diferentes cesionarios prevalece aquel cuya cesión fuera de fecha anterior (155). La razón de esta solución era que nadie (el cedente) podía transmitir más derechos de los que él mismo tenía; con la primera cesión el cedente transfirió al cesionario el derecho a disponer del crédito, por lo que si el cedente ya no podía excluir al cesionario, aunque éste no hubiese todavía notificado la cesión al deudor, tampoco iba a poder hacerlo un ulterior cesionario, aunque este último notificara antes su cesión al deudor (156).

Por tanto, si el conflicto se planteaba entre los diversos cesionarios, prevalecía aquél cuya cesión fuese anterior. Sin embargo, parece que hay que reconocer el carácter liberatorio del pago, así como la eficacia de lo tratado entre el deudor y otro cesionario de fecha posterior. Y es que si el cedente, hasta la notificación de la primera cesión, conservaba el derecho a exigir y cobrar el crédito y a acordar su modificación con el deudor, este derecho también podía ser ejercitado por un segundo cesionario en tanto el primero no hubiese notificado su cesión. Esta notificación excluía las facultades que tanto el cedente como sus causahabientes tenían sobre el crédito, y hacía del primer cesionario el único acreedor. Y lo mismo que se decía para el primer cesionario valía para los causahabientes de éste, tanto frente al cedente como frente a otros cesionarios (157).

Excepcionalmente, no se requería la toma de posesión del crédito por el cesionario cuando la cesión era consecuencia de la transmisión de todo un patrimonio, como sucedía con la venta de la herencia. Aquí, el transmitente dejaba de ser titular del crédito al perfeccionarse la transmisión global, por lo que desde entonces el adquirente del

(154) Windscheid, últ. *op. cit.*, pp. 232 y 233.

(155) Windscheid, últ. *op. cit.*, p. 233.

(156) Windscheid, últ. *op. cit.*, nota 10 a pie de pp. 233 y 234.

(157) Windscheid, últ. *op. cit.*, pp. 233 y 234.

patrimonio pasaba a ser el único acreedor. Y el deudor, por su parte, se liberaba pagando al cesionario y sólo si no tenía conocimiento de la cesión se liberaba haciéndolo al cedente, por tanto, exclusivamente por su buena fe (158).

Finalmente, se imponía al cesionario la carga de la prueba de la cesión (al notificarla al deudor), y también la de poner al deudor en situación de poder probar la cesión frente al cedente, pudiendo optar para esto el cesionario por garantizar (*Realsicherheit geben*) al deudor que le defendería frente a eventuales pretensiones del cedente (159). Por su parte, el cedente, que tras la notificación de la cesión por el cesionario, discutía el derecho de éste, había de dar al deudor al que reclamaba el pago las mismas garantías de que le defendería frente a las eventuales pretensiones del cesionario (160). Se trataba, pues, de permitir al deudor negarse a pagar al cesionario que le había notificado la cesión en tanto no quedase aquél a cubierto de las pretensiones del cedente, que podían ser perfectamente legítimas si la cesión no había tenido lugar; y también de que si el cedente discutía la cesión notificada por el cesionario, el deudor pudiera negarse a pagarle en tanto aquél no le pusiera a cubierto frente a las posibles pretensiones del cesionario.

El tercero de los autores cuya referencia resulta obligada es Bähr. Su teoría de la cesión (161) contenía ya las líneas principales de lo que sería el sistema codificado alemán de cesión.

En cuanto a la producción del efecto adquisitivo se entendían aplicables las reglas propias del sistema del acuerdo abstracto traslativo. Esto, como ya sabemos, significa que la cesión era el acto por el que el cedente declaraba ceder el crédito, lo que presuponía un negocio jurídico básico que sirve de fundamento al de disposición en que aquélla consistía, si bien carecía de eficacia sobre la producción del efecto traslativo, pues la irregularidad del negocio obligacional sólo proporcionaba al transmitente una pretensión personal de enriquecimiento contra el adquirente (162). La cesión, por tanto, seguía siendo equiparada a la *traditio* (163). No obstante, esto no significaba que fuera necesaria la existencia de dos actos separados, uno el obligacional y otro el de disposición, sino que normalmente el segundo se encontraba embebido en el primero, no porque el obligacional contuviese ya, por sí mismo y sin más, el de disposición, sino solamente

(158) Windscheid, últ. *op. cit.*, pp. 234 y 235.

(159) Windscheid, últ. *op. cit.*, p. 235.

(160) Windscheid, últ. *op. cit.*, p. 236.

(161) O. Bähr, «Zur Cessionslehre», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. I, 1857, pp. 351 y ss.

(162) Bähr, *op. cit.*, p. 396.

(163) Bähr, *op. cit.*, pp. 396 y 397.

cuando tácitamente reflejase la voluntad del cedente de transmitir el crédito al cesionario (164).

Bähr adoptó una visión patrimonialista y objetivada del crédito, esto es, no tanto como si se tratase de una relación personal entre acreedor y deudor, cuanto de un bien o riqueza (*Eigenthum an Forderungen*) con un determinado valor de cambio, lo cual le llevaba a reconocer su plena transmisibilidad (165). Sin embargo, también afirmaba que no era posible equiparar los créditos a los bienes corporales. Desde luego, no los consideraba equiparables en cuanto a su posesión (166), pero es que, según él, tampoco se daba el mismo grado de abstracción en la transmisión de unos y de otros. Entendía Bähr que la cesión era más causal o ,si se prefiere, menos abstracta que la transmisión de bienes corporales, puesto que la adquisición del cesionario era impugnabile por causas que no permitían impugnar la adquisición de otros bienes. El decía esto pensando en lo que denominaba defectos de la causa (167), lo cual le llevaba a afirmar que la cesión era una transmisión imperfecta (*unvollkommene*) (168).

Si, en concreto, lo que se quería poner de manifiesto con ello era que el deudor podía oponer al cesionario excepciones que se derivaban del acto de donde nacía el crédito, no sé hasta qué punto esto sea expresión de una mayor causalización de la cesión respecto de otro tipo de transmisiones. El acto de cesión seguía, a mi entender, siendo abstracto, en la medida en que las vicisitudes del negocio obligacional supuestamente subyacente no afectaban a la producción del efecto traslativo. Lo que sucede es que el deudor, que permanecía completamente ajeno a la cesión, no podía ver empeorada su situación tras ésta, por lo que podía oponer al cesionario las excepciones que le correspondiesen contra el cedente, máxime cuando éstas se derivaban del acto mismo de donde nació el crédito. La conservación por el deudor de tales excepciones nada tenía que ver, pues, con el carácter causal o abstracto de la cesión. Y es que había que distinguir entre la causa de la cesión y la del crédito: la primera es el negocio obligacional que se presupone subyace en la cesión y cuyos defectos no puede el deudor hacer valer contra el cesionario, como corresponde al sistema abstracto de cesión; la segunda, en cambio, es la fuente de donde nace el crédito que es objeto de la cesión, es decir, de lo que puede depender la existencia o la exigibilidad del crédito, así como la validez de la propia cesión como negocio de disposición, pues no sería válida si el crédito se ha extinguido antes de la cesión, lo cual sí

(164) Bähr, *op. cit.*, p. 397.

(165) Bähr, *op. cit.*, p. 401.

(166) Bähr, *op. cit.*, pp. 401 y 402.

(167) Bähr, *op. cit.*, p. 409.

(168) Bähr, *op. cit.*, p. 414.

puede ser hecho valer por el deudor tanto frente al acreedor originario como frente a sus causahabientes.

Tras el acuerdo o declaración abstracta de cesión se producía el efecto traslativo, sin que, según Bähr, fuese necesario un acto posterior de toma de posesión por el cesionario. Esta fue la principal aportación del citado autor a la teoría de la cesión, y donde radica la principal diferencia con Windscheid. La cesión en Bähr no sólo era abstracta sino también consensual. Esto significa que el cedente dejaba de ser titular del crédito a partir del acto de cesión y que, también desde entonces, era el cesionario su nuevo titular, sin necesidad de que la cesión fuese notificada al deudor (169).

Por lo que respecta al cedente en su relación con el deudor, la consecuencia lógica de lo anterior era que aquél, al dejar de ser titular del crédito, dejaba de estar legitimado tanto para exigirlo como para acordar con el deudor la modificación o la extinción de la relación obligatoria, de forma que el deudor podía negarse a ello oponiéndole la cesión, aunque ésta no le hubiese sido todavía notificada (170). El deudor, por su parte, debía oponerle la cesión, pero sólo podía hacerlo si tenía conocimiento de ella; si de buena fe pagase al cedente quedaría liberado, pero no porque el *accipiens* estuviera legitimado para cobrarlo, sino por la buena fe del *solvens*, para así evitar que el deudor de buena fe resultara perjudicado por una cesión que ignoraba (171).

La cuestión, verdaderamente difícil, que ahora se planteaba era la de si cualquier información o noticia que el deudor tuviese de la cesión le impedía considerar al cedente como a su verdadero acreedor. Bähr consideraba que había de tratarse de una información tal que el deudor actuaría con dolo si pagase o negociase sobre el crédito con el cedente (172). Apremiar esto era una cuestión de hecho a valorar en cada caso concreto, si bien podía decirse que el deudor tenía conocimiento seguro de la cesión y una situación asegurada frente a eventuales reclamaciones del cedente, cuando el cesionario le hubiera notificado la cesión y él mismo se hubiera obligado a responder frente al cedente, pues sin la asunción de este compromiso no sería exigible que el deudor se encargase luego de demostrar la cesión frente al cedente. Y también se conseguía este conocimiento con la notificación de la cesión por el cedente, así como con la entrega al deudor del documento de cesión que le sirve de prueba (173). Así, pues, la notifi-

(169) Bähr, *op. cit.*, p. 414.

(170) Bähr, *op. cit.*, pp. 414 y 415.

(171) Bähr, *op. cit.*, p. 415.

(172) Bähr, *op. cit.*, pp. 416 y 417.

(173) Bähr, *op. cit.*, pp. 417 y 418. La influencia de esta idea en los §§ 409 y 410 BGB es clara.

cación de la cesión era sólo un medio de prueba para excluir la buena fe del deudor que pagase o negociase después con el cedente. Por otra parte, cuando el deudor hubiera reconocido al cesionario como nuevo acreedor, no podría luego, sin más, pagar o negociar con el cedente como si nada hubiera pasado; en este caso, si el cedente reclamaba el pago al deudor, que había reconocido al cesionario como nuevo acreedor, la buena fe exigía del deudor hacer saber esto al cesionario, al objeto de que éste pudiera defender y hacer valer sus derechos (174).

Una excepción admitía a la regla según la cual el deudor podía dejar de considerar al cedente como acreedor sólo cuando tenía conocimiento cierto y seguro de la cesión, pues entendía que si el deudor obtenía del cedente la condonación total o parcial de la deuda, no podía oponerla al cesionario, aunque el deudor hubiese actuado de buena fe, esto es, aunque no hubiese tenido conocimiento seguro de la cesión (175).

Por lo que respecta al cesionario, hay que decir que éste adquiriría el crédito a partir del momento de la cesión, pudiendo hacer valer su derecho desde entonces, sin la necesidad de notificar previamente la cesión al deudor (176). Hay que decir, sin embargo, que Bähr consideraba que frente al deudor el cesionario era como un representante procesal del cedente, punto en el cual coincidía sorprendentemente con Mühlenbruch (177). Esta afirmación era matizada enseguida, diciendo que esto sólo se entendía así en beneficio del deudor, concretamente, para justificar que éste pudiera oponer al cesionario no sólo las excepciones que se desprendían de su relación con él como tal, es decir, como nuevo acreedor, sino también las que tuviese contra el cedente (178).

Lo que mayor atención mereció a Bähr en la relación deudor-cesionario fue el deber de éste de poner a aquél a salvo de las eventuales reclamaciones del cedente, para lo cual el cesionario había de responder de su legitimación para exigir y cobrar el crédito, lo que le llevaba a asumir los costes de la defensa del deudor frente a esas posibles reclamaciones (179). Es por esto que el cesionario que exigía el pago al deudor estaba obligado a demostrarle su adquisición y, si no podía, a darle una efectiva seguridad de que no se vería reclamado de pago por segunda vez. Como prueba de la cesión se admitía un documento que contuviese el reconocimiento de la cesión por el cedente,

(174) Bähr, *op. cit.*, p. 420.

(175) «Causa lucrativa *pro dolo est*» (Bähr, *op. cit.*, p.

(176) Bähr, *op. cit.*, p. 421.

(177) «Der Cessionar gilt dem Schuldner gegenüber einem prozessualischen Vertreter des Cedenten gleich» (Bähr, *op. cit.*, p. 445).

(178) Bähr, *últ. loc. cit.*

(179) Bähr, *op. cit.*, p. 462.

así como también un documento público cuyo original o copia legalizada debía ser entregado al deudor. En defecto de lo anterior, la seguridad material que el cesionario debía prestar al deudor para el caso en que otro le reclamase el pago podía consistir tanto en el afianzamiento como en una prenda, o en la consignación de la prestación a costa del cesionario (180). En tanto el deudor no viera asegurada de alguna de estas formas su situación frente a posibles reclamaciones ulteriores, podía negarle el pago a consignar la prestación (181) a costa del cesionario, pues era éste el que debía probar su legitimación para cobrar el crédito, es decir, su adquisición, por lo que debía soportar los costes que la falta de esa prueba ocasionase al deudor (182), que tampoco podía pagar al cedente una vez que ya tenía conocimiento de la cesión. Ahora bien, del mismo modo que la carga de la prueba recaía en el cesionario, se reconoce que en el cedente recaía la de probar la ineficacia de una cesión que él no negase que hubiera tenido lugar (183).

Puesto que el cesionario había de probar la cesión para hacer efectivo su derecho frente al deudor y, para ello, necesitaba de un documento de cesión, entendía Bähr que el cedente estaba obligado por la buena fe contractual a entregárselo. Por tanto, actuaría dolosamente el cedente que se negase a facilitar al cesionario la prueba de la cesión, no habiendo en ello perjuicio alguno para él, ya que los gastos que supusiera la expedición de dicho documento debían correr a cargo del cesionario (184).

En los casos de doble cesión prevalecía el cesionario cuya cesión hubiese sido anterior, puesto que él fue el único que adquirió el crédito, mientras que los cesionarios posteriores nada adquirieron ya que el cedente nada tenía (185). Es decir, las cesiones posteriores serían de crédito ajeno, si la primera fue eficaz. Esto por lo que respecta al conflicto entre varios cesionarios. Por lo que se refiere al conflicto entre el deudor que hubiera pagado erróneamente a un cesionario que no fuese el verdadero adquirente, regían las mismas reglas que para el caso del pago al cedente: si el deudor sólo tiene conocimiento de una cesión y paga a ese cesionario, paga bien y se libera, aunque éste no fuese su verdadero acreedor (186). En tal caso, el verdadero adquirente del crédito, a quien el deudor no había pagado, podría, según Bähr, dirigirse contra el *accipiens*, bien de forma directa con una suerte de

(180) Bähr, *op. cit.*, pp. 462-464.

(181) Bähr, *op. cit.*, p. 464.

(182) Bähr, *op. cit.*, pp. 473 y 474.

(183) Bähr, *op. cit.*, pp. 476 y 477.

(184) Bähr, *op. cit.*, pp. 481 y 482.

(185) Bähr, *op. cit.*, p. 436.

(186) Bähr, *ult. loc. cit.*

subrogación o cesión de la *condictio indebiti* que el deudor tenía contra tal *accipiens*, bien por la consideración del que cobró como una suerte de gestor de negocios ajenos sin mandato que debía responder frente al *dominus negotii*, que era el verdadero adquirente (187). Sin embargo, entendía que al cesionario adquirente no sería oponible la condonación o remisión total o parcial de la deuda concedida a título gratuito por el otro cesionario al deudor, siendo indiferente si el deudor actuó de buena o mala fe (188).

Por lo demás, el deudor podía exigir de cada uno de los cesionarios que pretendían cobrar el crédito, que demostrasen su adquisición y la fecha de la cesión, pues prevalecía la de fecha anterior, y también que le garantizasen (prenda, fianza, consignación) su posición frente a ulteriores reclamaciones de cobro por parte del cedente o de otro cesionario (189).

Quedan dos conflictos típicos de intereses que parecen no preocupar a Bähr, como tampoco a la doctrina alemana de la época, como eran los que podían existir entre los acreedores del cedente y el cesionario, por una parte, y la cesión de crédito ajeno, por otra. Creo que lo que sucedía era que para su solución no había criterios especiales sino simplemente aplicación de las reglas generales del sistema de cesión. Concretamente, una vez producida la cesión ya no podían los acreedores del cedente embargar el crédito, y que el cesionario de un crédito que no pertenecía al cedente nada adquiriría, como no fuera el derecho a que el cedente lo adquiera y se lo transmita, de lo cual éste habría de responder.

2.1.2. *El sistema de cesión a lo largo del proceso codificador*

La tesis de la intransmisibilidad singular del derecho de crédito inspiró obras como el proyecto de Código Civil de Hesse (1841-53) (190), que es quizá su más claro exponente. Explícitamente se configuraba la cesión como un mandato en cosa propia, que el cedente concedía al cesionario (191). El cedente seguía siendo titular del crédito porque se entendía que la obligación no era sino una relación

(187) Bähr, *op. cit.*, pp. 440 y 441. Considero poco lógica esta solución, por más que es la que se recoge en el § 816.2 BGB.

(188) Bähr, *op. cit.*, p. 442. recordemos que tampoco debían perjudicar al cesionario lo convenido a título gratuito entre el deudor y el cedente (vid. nota 175).

(189) Bähr, *op. cit.*, pp. 477, 483 y 484.

(190) Lo cito a través de Huwiler, *Der Begriff der Zession...*, *cit.*, pp. 159-161.

(191) «Es steht jedoch in der Regel dem Gläubiger frei, seine Forderung einem Dritten mit der Ermächtigung zu überlassen, daß dieser solche an seiner, Gläubigers, statt selbständig für sich und zu eigenem Vortheile geltend mache (Abtretung der Forderung)» (art. 261.3).

jurídica entre personas determinadas, cuyo cambio suponía una nueva obligación, por lo que el cesionario sólo adquiriría el ejercicio del derecho y no su titularidad (192). Encuanto al sistema de cesión, se mantenía el de título y modo, en el que la cesión era un acuerdo traslativo causal (193).

Obra relevante en el proceso codificador fue también el Código Civil sajón (1865) (194). El sistema de transmisión de bienes es ya el del acuerdo abstracto traslativo, donde las vicisitudes del negocio obligacional subyacente no impiden la eficacia traslativa del *modus acquirendi*. (195). Y la cesión era contemplada como el modo de adquirir consistente en la declaración de voluntad del cedente de conferir al cesionario la autorización para hacer valer el crédito (196).

Parece, pues, que tampoco aquí, aunque no de forma tan clara como en el proyecto de Hesse, se admitió que la cesión tuviera como efecto la transmisión de la titularidad del crédito, sino que el cesionario sólo adquiriría la acción para hacerlo efectivo. Lo que sucedía era que al lado de afirmaciones como la de que el cedente sólo autorizaba al cesionario a hacer efectivo el crédito, o de otras como que con la cesión se han de considerar como cedidos (*als abgetreten*) (197) —luego no lo eran realmente, sino en virtud de una ficción—, había otras que parecían admitir la plena transmisión de la titularidad del crédito, como sucedía al regular los efectos de la cesión, donde se decía que el cedente dejaba de ser el acreedor y que desde entonces lo era el cesionario (198). Con independencia de que esta contradicción pudiera deberse a alguna indecisión, el caso es que se entendía que las afirmaciones favorables a la plena transmisibilidad del crédito podían y debían ser interpretadas a la luz de la idea básica de que lo que el cedente daba al cesionario era una

(192) Vid. Huwiler, *últ. op. cit.*, pp. 159 y 160.

(193) «Die Abtretung kann im Gefolge eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrages, wie eines Kaufes, Tausches oder einer Schenkung, oder auf den Grund einer letztwilligen Verfügung oder gesetzlichen Bestimmung geschehen, und mit dem Rechtsgeschäfte selbst, auf dessen Grund sie stattfindet, verbunden sein» (art. 267.1).

(194) He manejado el texto de la edición de Leipzig de 1892.

(195) §§ 253 y 256.

(196) «Forderungen gehen von dem zeitherigen Gläubiger auf einen neuen Gläubiger durch Abtretung über..., wenn ein die Abtretung enthaltendes Rechtsgeschäft vorliegt, gleichviel ob der Gläubiger dasselbe zu Folge gesetzlicher Verpflichtung, oder freiwillig vorgenommen hatte» (§ 953).

«Die Abtretung einer Forderung durch ein Rechtsgeschäft erfordert eine Willenserklärung des Gläubigers, welche einem Anderen die Befugniß giebt, die Forderung für sich und zu eigenem Nutzen gelten zu machen» (§ 962 pr.).

(197) «Mit einer Forderung sind auch die Nebenrechte, welche zu ihrer Sicherheit dienen oder sonst dazu gehören, ohne Weiteres als abgetreten zu betrachten» (§ 954).

(198) §§ 968, 969 y 970.

autorización para cobrar el crédito (199), operando a partir de entonces por medio de ficciones. Así, se ha dicho que de la exposición de motivos se desprendía que el autor de este código no había admitido la transmisibilidad de la titularidad y que sólo concedía la de su ejercicio (200).

Tras la cesión ya no podía el cedente exigir el crédito ni disponer de él, ni volverlo a ceder, ni acordar con el deudor su modificación o extinción. El cesionario era, sin embargo, tras las cesión, el único legitimado para exigirlo y disponer de él (201). El cedente estaba obligado a facilitar al cesionario todos los medios de prueba de la cesión, de manera que éste pudiera acreditar su legitimación ante el deudor, como también a entregarle lo que hubiera recibido del deudor tras la cesión (202).

El deudor, por su parte, se liberaba pagando al cesionario, si bien se preveía que si la cesión no le había sido notificada se liberaba pagando al cedente (203). Parece ser, pues, que la notificación era lo decisivo para la situación del deudor. No obstante, no sabría decir si el deudor que conociese la cesión sin que le hubiese sido notificada, se liberaría pagando al cedente, puesto que en otros preceptos lo decisivo era el conocimiento de la cesión por el deudor y no tanto su notificación. Era lo que sucedía con la situación del deudor en los casos de doble cesión. Entre los cesionarios prevalecía el de la cesión más antigua, pero si el deudor, no teniendo conocimiento de la existencia de una cesión anterior, pagase a un cesionario

(199) § 962, transcrito en nota 196.

(200) Vid. Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das deutsche Reich, t. II, ed. oficial, 2.^a ed., Berlín 1896, p. 118.

(201) «Die Abtretung hat die Wirkung, daß der Abtretende aufhört, Gläubiger zu sein, die Erfüllung der Forderung nicht mehr verlangen, über die Forderung nicht weiter verfügen, sie nicht noch ein Zweites Mal abtreten kann, überhaupt aber die Aufhebung der Forderung durch einem ihn oder einem Anderen... gegenüber wirksamen Erlöschungsgrund ausgeschlossen ist... Der neue Gläubiger tritt an die Stelle des Abtretenden; er hat das Recht, über die Forderung zu verfügen, sie anderweit abzutreten und gegen den Schuldner geltend zu machen» (§ 968).

(202) «Die Abtretung verpflichtet den abtretenden Gläubiger, dem neuen Gläubiger die Verfolgung der Forderung, soweit die Mittel dazu in seinen Händen sind, möglich zu machen und zu erleichtern, ihm die erforderliche Aufklärung über die Forderung zu geben und die etwaigen Rechtsbehelfe gegen die entgegenstehenden Einwendungen mitzuthemen, die auf die Forderung bezüglichen Beweismittel anzuzeigen, die Schuldurkunde auszuantworten, Das, was er nach der Abtretung vom Schuldner erhalten hat, herauszugeben und auf Verlangen eine Urkunde über die Abtretung auszustellen» (§ 970).

(203) «So lange der Schuldner weder durch das Gericht, noch durch den Abtretenden, noch durch den neuen Gläubiger von der Abtretung der Forderung benachrichtigt worden ist, kann er sich durch Erfüllung an den Abtretenden Gläubiger und durch Vertrag mit demselben von seiner Schuld befreien» (§ 972).

posterior, quedaría liberado (204). Está claro, pues, que la ausencia de notificación no permitía al deudor que conocía la cesión anterior, liberarse pagando a otro cesionario, a menos, claro está, que se entendiese que sólo vinculaba al deudor el conocimiento que de la cesión tuviera por medio de la notificación. Y el cesionario adquirente del crédito no podía dirigirse contra el deudor que de buena fe hubiese pagado a otro cesionario, ni tampoco contra éste si era también de buena fe; en tal caso, sólo le quedaría dirigirse contra el cedente (205).

Para evitar al deudor el riesgo de tener que pagar dos veces es por lo que se le permitía negarse a pagar al cesionario en tanto no hubiese recibido notificación judicial de la cesión o del mismo cedente o en tanto el sedicente cesionario no le demostrara su adquisición. Y también podía consignar judicialmente la prestación (206) a costa del cesionario.

Otra manifestación de interés para el estudio de los precedentes del Código Civil alemán es el proyecto de Código Civil de Baviera (1861). El sistema traslativo general era el del negocio abstracto de disposición que, como *modus acquirendi*, no tiene su eficacia traslativa supeditada a la validez del negocio obligacional subyacente (207). Coherentemente con esta regla, se establecía el carácter también abstracto de la cesión, como modo de adquirir y transmitir los créditos (208). Además, en los motivos se reconocía explícitamente el abandono de la idea de cesión del ejercicio sin cesión de la titularidad, aceptando, en cambio, la plena transmisión a título singular inter vivos del crédito (209).

(204) «Hat der Gläubiger die Forderung mehrere Male abgetreten und der Schuldner von der früheren Abtretung keine Kenntniß erhalten, so wird der Schuldner durch Erfüllung an Denejenigen, welchem die Forderung später abgetreten worden ist, und durch Vertrag mit demselben von der Schuld frei» (§ 973 pr.).

(205) «Demjenigen, welchem die Forderung früher abgetreten worden war, steht ein Anspruch an den Anderen, welcher die Forderung vermöge der späteren Abtretung in redlichen Glauben erhoben hat, auf Herausgabe des Erhaltenen nicht zu, es bleibt demselben vielmehr blos der abtretende Gläubiger verpflichtet» (§ 973 *in fine*).

(206) «Der Schuldner kann, wenn er nicht durch das Gericht oder durch den abtretenden Gläubiger von der Abtretung der Forderung benachrichtigt worden ist, von dem neuen Gläubiger Nachweisung der an ihn erfolgten Abtretung verlangen und, bis diese erfolgt ist, von ihm nicht durch Mahnung in Verzug gesetzt werden, auch den geschuldeten Gegenstand zurückhalten oder gerichtlich hinterlegen» (§ 974 pr.).

(207) Art. 94.

(208) «Der Gläubiger kann seine Forderung ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund und gleichviel, ob sie bereits fällig ist oder nicht, an einen Dritten auch ohne Einwilligung des Schuldners durch ein Veräußerungsgeschäft oder durch Vermächtigung übertragen (Abtretung oder Cession der Forderung)» (art. 145 del libro I de la 2.ª parte).

(209) «Motive», p. 98.

El deudor podía pagar con efecto liberatorio al cedente en tanto no se le hubiese notificado la cesión (210). No se aclara si el conocimiento que de ella tuviera el deudor por otras vías le impedía pagar al cedente con efecto liberatorio. Sin embargo, en los motivos se negaba dicha eficacia a tal pago (211). El deudor podía negarse a considerar al cesionario como su nuevo acreedor en tanto éste no le demostrase mediante documento público o privado pero legalizado (212) que había adquirido el crédito, a los efectos de tener así una mayor seguridad (213). Para facilitar al cesionario esa prueba es por lo que imponía al cedente la obligación de entregarle todos los documentos relativos al crédito cedido que obrasen en su poder y le hiciese saber todo lo necesario para hacer efectivo el crédito (214). Fijémonos en la posibilidad de que el deudor no pueda actuar con garantías de eficacia con el cedente ni con el cesionario: si le ha sido notificada la cesión por el cesionario, no podrá ya estar seguro dirigiéndose al cedente, sin que tampoco pueda estarlo con el cesionario, en tanto éste no le haya acreditado debidamente la cesión. Y es que en esa situación, el cedente ha perdido la apariencia de titularidad del crédito, y el cesionario no la ha ganado.

Hito fundamental y punto de no retorno en la evolución de la cesión de créditos en Alemania lo constituye el proyecto de derecho de obligaciones de 1866, también llamado Proyecto de Dresde (215). Y es que si bien el sistema del acuerdo abstracto traslativo ya había sido claramente asumido anteriormente y la cesión era considerada como un negocio de disposición, recuerdo de la *traditio* de los bienes muebles (216), todavía no estaba definitivamente asumida completamente la transmisibilidad a título singular de los créditos, ni tampoco estaba claro si la notificación al deudor debía ser requisito o condición de eficacia de la cesión o si, por el contrario, no debía serlo y

(210) «Solange nicht dem Schuldner die geschehene Abtretung durch den abtretenden oder durch den neuen Gläubiger gerichtlich oder außsergerichtlich angezeigt ist, kann er an den ersteren noch rechtsgiltig leisten» (art. 151.1, loc. cit.).

(211) «Motivos», p. 99.

(212) «Der abtretende Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die in seinen Händen befindlichen, auf die Forderung bezüglichlichen Urkunden auszuliefern, und die zur Geltendmachung der Forderung nöthigen Ausschlüsse zu ertheilen» (art. 153.2, loc. cit.).

(213) «Motivos», p. 99.

(214) «Der abtretende Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die in seinen Händen befindlichen, auf die Forderung bezüglichlichen Urkunden auszuliefern, und die zur Geltendmachung der Forderung nöthigen Ausschlüsse zu ertheilen» (art. 153.2, loc. cit.).

(215) Las citas están tomadas de «Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes», editado por W. Schubert, t. II, Frankfurt-Maguncia, 1984, pp. 954 y ss. y 1863 y ss.

(216) Lo cual se reitera también ahora, vid. «Protocolle...», cit., p. 982.

bastaba con que el deudor tuviese conocimiento de ella, cualquiera que fuese la vía por la que lo obtuvo, para no poder ya liberarse pagando al cedente ni poder oponer al cesionario lo acordado entre aquéllos. Pues bien, en el Proyecto de Dresde estas cuestiones fueron decididas en un sentido coincidente sustancialmente con la regulación definitiva del BGB.

Se admitió explícitamente la transmisión a título singular de la titularidad del crédito, siendo el cesionario el nuevo acreedor (217). En las deliberaciones hubo acuerdo en abandonar la tesis del derecho común, que limitaba la cesión al ejercicio del derecho y que la presentaba en términos de mandato en cosa propia, superación que se presentó como algo ya asumido por la conciencia jurídica del pueblo alemán (*Rechtsbewußtsein des Volks*), añadiendo que el deudor al obligarse frente a su acreedor, debía ser consciente de que éste podía ceder el crédito a otro, por lo que el deudor ya desde el primer momento reconocía su *vinculum iuris* en favor de cualquier otro que pudiera adquirir la posición acreedora (218). Con esto último parece querer decirse que el deudor, al contraer la obligación se estaba obligando frente al acreedor originario o frente a quien éste cediera el crédito. Ahora bien, como la cesión es posible y no requiere del consentimiento ni del conocimiento del deudor, se partía del reconocimiento de una suerte de cláusula general de salvaguardia del interés del deudor, consistente en afirmar que su situación jurídica no debía verse empeorada por la cesión. Es por esto que, como el cesionario no podía ser tenido como representante del cedente sino que ejercitaba un derecho propio, adquiría el crédito en las mismas condiciones en que éste perteneciera al cedente, puesto que había habido una adquisición derivativa, de lo cual se desprendía que el deudor podía oponer al cesionario las excepciones que hubiera podido oponer al cedente hasta el momento de la cesión o de conocerla (219).

En cuanto a la situación jurídica del deudor hubo acuerdo en no seguir el modelo francés en cuanto al papel de la notificación de la cesión al deudor, por lo que sería su conocimiento lo que impediría al deudor pagar o negociar eficazmente con el cedente. No planteó problema alguno admitir que desde el momento de la cesión el cedente dejaba de ser titular del crédito cedido y que, por tanto, ya no estaba legitimado para exigir el pago al deudor ni para acordar con él la modificación

(217) «Der Gläubiger kann Forderungen durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf den Todesfall ohne Einwilligung des Schuldners an einen Andern veräußern (abtreten, cedieren).

Mit der Veräußerung der Forderung hört der Veräußerer auf, Gläubiger zu sein und der Erwerber tritt als neuer Gläubiger in die Forderung ein» (art. 322).

(218) «Protocolle», *cit.*, p. 955.

(219) «Protocolle», *cit.*, p. 956.

o extinción de la relación obligatoria. Así las cosas, tampoco el deudor se liberaría pagándole, si bien por razones de equidad basada en la buena fe de éste, se concedía efecto liberatorio a ese pago aunque el *accipiens* ya no estaba legitimado para exigirlo ni para recibirlo (220). Hay, por lo demás, un claro matiz de excepcionalidad en el reconocimiento de eficacia liberatoria al pago hecho de buena fe al cedente, lo cual llevaba a limitar tal consideración a los actos con causa onerosa llevados a cabo entre deudor y cedente, y a negarlo a la condonación total o parcial de la deuda (221), como ya Bähr había sostenido.

También hubo acuerdo en señalar que la buena fe del deudor desaparecía si, al tiempo del pago o de concluir un negocio sobre el crédito con el cedente, ya tenía conocimiento de la cesión, cualquiera que hubiese sido la forma en que lo hubiese sabido, pues se entendía que el deudor carecía ya de base para seguir considerando al acreedor originario como su actual acreedor. Por esto se propuso añadir en el texto inicial del proyecto el adjetivo *verläßliche* o *zuverläßige* al sustantivo *Kenntnis* (222), como finalmente apareció en el texto definitivo del proyecto (223). Por consiguiente, la notificación de la cesión no era condición de eficacia de la cesión ni tampoco la única vía para que el deudor tuviese un conocimiento seguro de ella, ni tampoco la única prueba de la mala fe de éste si pagó al cedente: en defecto de notificación, si se demostrase que el deudor había tenido conocimiento cierto de la cesión (por ejemplo, por documentos), su buena fe quedaría excluida si, a pesar de esto, pagó o negoció sobre el crédito con el cedente (224). Prevalció, pues, claramente la tesis de Bähr, frente a la de Windscheid, en cuanto al valor de la notificación.

Finalmente, en relación a la doble cesión, se mantuvo el criterio de que la primera cesión válida era la que hacía a ese cesionario nuevo titu-

(220) «Protocolle», *cit.* pp. 955 y 994.

(221) «Protocolle», *cit.*, pp. 994 y 995.

(222) «Protocolle», *cit.*, p. 995.

(223) «Der Schuldner, welcher nach gültig erfolgter Veräußerung der Forderung an der Veräußerer zahlt, wird hierdurch von seiner Verbindlichkeit nur dann befreit, wenn er von der erfolgten Veräußerung zur Zeit der Zahlung noch keine zuverlässige Kenntniß hatte» (art. 331.1).

(224) Alguna discusión hubo en torno a la prueba de la mala fe del deudor (vid. «Protocolle», *cit.*, pp. 995-997). Para alguno, en defecto de notificación judicial o del cedente, había que entender liberado al deudor que hubiera pagado al cedente, porque en este caso la mala fe sería muy difícil de probar. Otro consideraba insuficiente la inexistencia de notificación para justificar la buena fe del deudor, puesto que éste también podía haber obtenido conocimiento cierto de la cesión no notificada si supo de ella por medio del documento de cesión. Se propuso también presumir la buena fe del deudor en defecto de notificación, aunque sin excluir la prueba de la mala fe. Finalmente se consideró que esto nada nuevo añadía y que era mejor agregar simplemente el adjetivo «zuverlässige» al conocimiento excluyente de la buena fe del deudor que, a pesar de él, hubiera pagado al cedente.

lar del crédito (225). Las posteriores serían de crédito ajeno, por lo que carecían de eficacia traslativa, pues para que ésta tuviese lugar sería necesario que el cedente readquiriera el crédito previamente cedido (226).

2.2. Líneas generales del sistema de cesión del BGB: la producción del efecto traslativo

De la cesión de créditos (*Übertragung der Forderung*) se ocupa el cap. IV del libro II del BGB, §§ 398-413.

Creo que son, fundamentalmente, dos las cuestiones en torno a las que gira este sistema de cesión. Por un lado, la decisión sobre la producción del efecto traslativo. Y, por otro, los mecanismos de protección al deudor. En este epígrafe me ocupo del primer punto, y en los siguientes analizó la protección al deudor.

2.2.1. *Cedibilidad de los créditos*

En el § 398 se contempla la llamada cesión negocial (*Abtretung*). Se reconoce la transmisibilidad del derecho de crédito, hecha por el acreedor a otra persona, produciéndose el efecto traslativo con la conclusión del contrato (227).

Lo primero a señalar es la admisión de la plena transmisión del crédito, esto es, de la titularidad, y no sólo de la acción para hacerlo efectivo, sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor. En esto se siguen las ideas que se habían ido consolidando desde mediados del siglo pasado. Además, esta decisión no planteó discusión alguna a lo largo del proceso de elaboración de la norma, de forma que parecía ser algo asumido ya sin contradicción (228).

(225) «Hat ein Gläubiger die nämliche Forderung zu verschiedener Zeit an Mehrere veräußert, so hat Derjenige den Vorzug, an Welchen die Forderung zuerst veräußert worden ist» (art. 330.1).

(226) «Protocolle», *cit.*, p. 992.

(227) «Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (*Abtretung*). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers» (§ 398).

(228) «Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das deutsch Reich», t. II, ed. oficial, 2.^a ed., Berlín 1896, p. 118.

«Die Beratung des BGB», por H. H. Jakobs y W. Schubert, «Recht der Schuldverhältnisse», I (§§ 241-432), Berlín-Nueva York, 1978, pp. 740-769.

Sin embargo, cuando se discutió el proyecto en el Bundesrat, por el Land Sachsen-Altenburg se propuso rechazar la admisión de la cesión sin el consentimiento del deudor, propuesta que, por supuesto, no prosperó («Die beratung...», *cit.*, p. 769).

Esta regla general de transmisibilidad de los créditos sólo va a tener como excepción, según el § 399, la de aquellos en los que el contenido de la prestación cambiaría por el hecho de ser otro el acreedor, así como la de aquellos en que se hubiera excluido convencionalmente su transmisión (*pactum de non cedendo*) o cuando se tratase de créditos inembargables (229).

Esta decisión sobre la transmisibilidad no sólo respondía, obviamente, a la aceptación de su posibilidad teórica, sino a exigencias de orden económico. La ampliación del mercado a la riqueza futura, la creación de un mercado secundario de capitales debieron pesar bastante al decidir en favor de la credibilidad de los créditos el conflicto de interés entre deudor y acreedor. Este está objetivamente interesado en poder transmitir el crédito, realizando así anticipadamente, incluso, su valor; en tanto que el deudor está objetivamente interesado en controlar los cambios en la posición acreedora, para evitar tener por acreedor a alguien más exigente o menos dispuesto a negociar el contenido del crédito o la forma de hacerlo efectivo.

Y es que revelaría una preocupante ingenuidad decir y, sobre todo, creerse que al deudor es indiferente la identidad del acreedor. Nada más lejos de la realidad, como creo haber ya puesto de manifiesto, o como se podrá constatar. Lo que está detrás de la transmisión de los créditos sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor es una decisión consciente en favor del acreedor y, mientras no se complementa con medidas de protección suficientes, en contra del deudor (230). No es que ésta sea una manifestación más del favor *creditoris*, sino más bien una satisfacción de la exigencia de una más amplia circulación de la riqueza y una mayor extensión del mercado, esto es, a la mayor cantidad posible de bienes (231).

(229) «Ausschluß der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung. Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist» (§ 399).

«(Ausschluß bei unpfändbaren Forderungen) Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist» (§ 400).

Sí fue, en cambio, discutida la aceptación del *pactum de non cedendo* en cuanto a su eficacia excluyente de la transmisibilidad con eficacia *erga omnes*, que parece que sólo al final se admitió (vid. «Motive...», *cit.*, pp. 122 y 123; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 770-774).

(230) Vid. H. Dörner: «Dynamische Relativität», Múnich, 1985, pp. 269 y 270; E. von Olshausen: «Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß», Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1988, pp. 28 y 29.

(231) Fueron todo menos infrecuentes las invocaciones que a lo largo del proceso de elaboración legislativa se hicieron a las necesidades del tráfico (Rechtsverkehrsbe-

2.2.2. La cesión como negocio de disposición

Con el término cesión (*Abtretung*) no se designa al efecto traslativo, sino al acto jurídico cuya conclusión producía tal efecto, según el § 398. Para referirse al efecto se emplea la expresión *Übertragung der Forderung*, que es como se intitula todo el capítulo relativo a la cesión.

La idea es sencilla: la transmisión (*Übertragung*) es el efecto de un contrato (*Abtretung*) o de una disposición legal que expresamente la impone (*gesetzliche Forderungsübertragung*), o de una resolución judicial (232).

La cesión convencional (*Abtretung*) es un acto jurídico que recibe la consideración de negocio de disposición (*Verfügungsgeschäft*) o contrato real (*dinglicher Rechtsgesthäft*) (233). Este consiste en el acuerdo de voluntades en producir la transmisión o, si se prefiere, en la declaración de ceder por parte del cedente y su aceptación por el cesionario, negocio que es ejecución o cumplimiento de una obligación de ceder que resulta de otro negocio jurídico, al que llamamos negocio obligacional (*obligatorisches Rechtsgeschäft*), que sería la causa última de la cesión, y que puede consistir tanto en un contrato (*pactum de cedendo*) de compraventa, permuta, donación, transacción..., cuanto en una promesa unilateral, en los casos en que ésta sea admitida, o en una disposición *mortis causa* (234), como también

dürfnisse), como explicación de la aceptación de la plena transmisibilidad del crédito, sin contar con el deudor («Motive...», *cit.*, pp. 118-123; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 740-774). Explicación que, por lo demás, era la que estaba detrás de las tesis iusnaturalistas del siglo XVIII, que hablaban de *Eigentum an Forderungen*, en apoyo de la objetivación de los créditos para hacer presentable su plena transmisibilidad.

(232) Así, «Motive...», *cit.*, p. 119; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 740, 742, 753, 764 y 765, de donde se desprende que en el texto del proyecto se mantuvo explícitamente una disposición relativa a las diversas clases de cesión (§ 294), convencional, legal o judicial, hasta que en comisión se decidió suprimir esa referencia por considerarla superflua («Die Beratung...», *cit.*, p. 766). En el texto definitivo, con todo, las diferentes clases de cesión sí aparecen mencionadas: la judicial en el § 407.2 y la legal en el § 412.

(233) «Motive...», *cit.*, p. 120; «Die Beratung...», *cit.*, p. 763.

(234) Así en la redacción de la primera comisión («Motive...», *cit.*, *últ. loc. cit.*). Sin embargo, en las primeras redacciones del texto de la segunda comisión el término *Abtretung* quedó referido a la cesión convencional que tenga por causa un negocio inter vivos, puesto que se entendió que su extensión al negocio *mortis causa* dependía de la no admisión de los legados por *vindicationem* («Die Beratung...», *cit.*, pp. 740, 742, 745, 758, 759). Al final, y sin prejuzgar la solución que se fuera a tomar sobre tales legados, puesto que en éstos el legatario adquiriría sin necesidad de cesión hecha por el heredero, se suprimió del texto la referencia que limitaba la cesión como modo de adquirir a los negocios obligacionales inter vivos, pasando a estar referida, de momento, a cualquier título consistente en una declaración de voluntad («Die Beratung...», *cit.*, pp. 763-765). Al final, como tales legados no se admitieron (§ 2174), el texto del § 398 quedó tal cual.

podía tratarse de una obligación de ceder nacida de la ley cuando ésta sólo la impone pero sin atribuir la titularidad al que tiene derecho a adquirir el crédito (235). Ambos negocios pueden producirse separadamente, pero también pueden coincidir en un mismo acto (236), lo cual no impide que cada uno de ellos tenga su propio régimen jurídico.

El acto de cesión, como contrato real o negocio de disposición fue contemplado, como ya había venido sucediendo según hemos visto en los antecedentes, como algo equiparable a la *traditio*, es decir, el acuerdo (*abstracto ahora*) traslativo para los bienes corporales (237). Quizá, fuera conveniente preguntarse hasta qué punto es cierto que el efecto traslativo en la cesión está sometido a los mismos requisitos que rigen la transmisión de los bienes corporales.

En el caso de los inmuebles se requiere el acuerdo (*abstracto*) traslativo (*Einigung*), seguido de la inscripción en el registro de la propiedad, como resulta de los §§ 873 y 925. Por lo que respecta a los muebles, el efecto traslativo depende, según el § 929, de la entrega de la cosa al adquirente cuando hay acuerdo en que ésta debe producir la transferencia de propiedad, es decir si hay acuerdo (*abstracto*) traslativo más entrega al adquirente, o sólo tal acuerdo si éste ya la poseía.

Si, además, tenemos en cuenta el negocio obligacional subyacente, vemos cómo son tres los actos que podrían ser tenidos en cuenta en la producción del efecto traslativo: el negocio obligacional subyacente, el acuerdo traslativo y la inscripción en el registro (inmuebles) o la entrega al adquirente (muebles). Sin embargo, como de los preceptos antes citados se desprende, las vicisitudes del negocio subyacente no afectan *per se* a la producción del efecto traslativo y, si el adquirente había transferido el bien a título oneroso a un tercero, tampoco el mantenimiento de tal eficacia (de una y de otra transmisión), depende de lo que suceda con el negocio obligacional subyacente a la

(235) «Motive...», *cit.*, últ. loc. cit.; K. Larenz: «Schuldrecht», t. I, 14.^a ed., p. 571.

(236) Esta posible coincidencia de ambos negocios en un mismo acto, en concreto, que el de disposición (*Abtretung*) esté contenido en el obligacional, ya fue admitida en las primeras redacciones del texto del proyecto en la segunda comisión («Die Beratung...», *cit.*, pp. 742, 753 y 758), aunque al final se suprimió esa referencia a propuesta de von Schmitt («Die Beratung...», *cit.*, pp. 759 y 760), si bien con esta supresión no se pretendió negar la posible coincidencia de ambos negocios en un mismo acto, sino tan sólo porque no hacía falta reconocerlo explícitamente.

(237) A lo largo del proceso de elaboración legislativa esto se puso de manifiesto en varias ocasiones, equiparando en cuanto a su naturaleza jurídica la cesión a la *traditio* o al acuerdo abstracto traslativo (*Auflassung*), como contratos reales o de disposición («Motive...», últ. loc. cit.), o diciendo que la cesión era un negocio jurídico a considerar como la *traditio* de las cosas corporales, diferente del negocio obligacional que se le presupone, pudiendo aquélla estar contenida en éste («Die Beratung...», *cit.*, pp. 745 y 753).

primera transmisión. Es decir, que si resulta que el desplazamiento patrimonial no está justificado por una causa (negocio obligacional) que sirva de fundamento al acuerdo traslativo, el adquirente deberá restituir o, si no le es posible, indemnizar el valor, pero sin que esto afecte a transmisiones posteriores, por lo menos, no a la onerosa, como se desprende de los §§ 812, 818.2 y 822. En este sentido y dentro de estos límites es posible hablar de abstracción de la causa en el sistema traslativo alemán de derechos reales.

La producción del efecto traslativo en la cesión de créditos depende, como dice el § 398, del convenio de cesión, sin que, además, sea necesario un acto jurídico posterior equivalente a la entrega. Este convenio de cesión consiste, como sabemos, en la declaración del cedente de transferir el crédito, aceptada por el cesionario. Con esto, y sin necesidad de observar una forma específica (237 bis), se produce la transmisión. De esto se desprende, por un lado, que no se requiere la entrega del crédito, como tampoco la notificación de la cesión al deudor y, por otro, que dadas las reglas generales sobre desplazamientos patrimoniales sin causas antes citadas, también la cesión será un acuerdo abstracto traslativo.

2.2.3. *La entrega del crédito y la notificación al deudor*

Es claro que ni la una ni la otra son requisitos para que se produzca el efecto traslativo. En cuanto a la entrega, a juzgar por la equiparación del acto de cesión a la *traditio*, parece como si se entendiera que en él se da tanto el acuerdo traslativo (*Einigung*) como la investidura posesoria, lo cual es discutible porque, a diferencia de la transmisión de derechos reales, el efecto traslativo ya no depende de la creación de un signo exterior que lo ponga de manifiesto, como pueda serlo la inscripción en un registro público o la entrega (238). En definitiva, como ya se vio en los precedentes, en la cesión de créditos la transmisión es el resultado del consentimiento, del acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario, bien de un doble acuerdo (sobre negocio obligacional y sobre el de disposición) cuando el sistema era causal, bien de un acuerdo abstracto de cesión (*Abtretung*), como sucede ahora.

Las obligaciones que los §§ 402 y 403 imponen al cedente, por un lado, la de hacer entrega al cesionario de los documentos probatorios

(237 bis) Para la cesión de créditos hipotecarios sí se exige forma escrita o inscripción en el registro, conforme al § 1154.

(238) Es más, claramente se dice en la exposición de motivos que para la producción del efecto traslativo no se requiere toma alguna de posesión o investidura posesoria (*Besitzergreifung*) del cesionario («Motive...», *cit.*, p. 118).

del crédito y, por otro, de expedir, a requerimiento y a costa del cesionario, un documento con firma legalizada, que acredite la cesión (239), no son requisitos ni condiciones de eficacia de la transmisión, como tampoco lo es la obligación del cedente de informar al cesionario de todo lo que le sea útil para hacer efectivo el crédito. Se trata, tan sólo, de un efecto del contrato, cuya finalidad es la de facilitar al cesionario la prueba de su adquisición para poder reclamar el pago al deudor sin que éste le pueda oponer que no le acredita su titularidad, y también para tener más fácil la enajenación del crédito. Además, se ha venido entendiendo que esta obligación no deriva del negocio obligacional, sino de la cesión, por lo que tampoco queda afectada por las vicisitudes de aquél (240).

Que tampoco sea necesaria la notificación de la cesión al deudor para que se produzca la transmisión era algo que ya desde el Proyecto de Dresde había sido asumido y, es quizá, la nota más conocida del sistema alemán codificado de cesión frente al francés. Desde el primer momento se impuso el parecer de quienes excluyeron la notificación al deudor como requisito de su eficacia (241), lo cual no impidió que en algún momento del proceso de elaboración de la norma (§ 398) se propusiera que tal eficacia dependiera de la notificación de la cesión al deudor, aunque tales propuestas chocaron con el parecer mayoritario de evitar cualquier referencia a la notificación en este parágrafo, destinado a todas luces no sólo a proclamar la transmisibilidad de los créditos sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor, sino también a excluir tajantemente la notificación al deudor como requisito para la producción del efecto traslativo (242).

La no exigencia de forma alguna de investidura posesoria ni de signo externo reconocible, así como la no exigencia de notificación

(239) «Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern» (§ 402).

«(Pflicht zur Beurkundung) Der bisherige Gläubiger hat dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen. Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzustellen» (§ 403).

(240) Vid. «Motive...», *cit.*, p. 128; R. Schmidt, en BGB de Soergel-Siebert, t. I, pp. 1211 y 1212.

(241) «Motive...», *cit.*, pp. 118 y 119.

(242) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 745, 746, 748 y 755 (se rechaza seguir el Código de Sajonia, en el que la notificación de la cesión al deudor era lo que excluía su buena fe si pagaba al cedente), 753, 756 y 759 (propuesta de Johow de exigir la notificación para excluir la buena fe del deudor), 760, 766 y 767 (propuesta de Drittmar de exigir la notificación al deudor para que la cesión fuese eficaz frente a terceros, o de que el deudor la reconociese), 768 (propuestas de von Rügel y de Wolffson, aunque la de éste más matizada, de hacer depender la eficacia de la cesión para el deudor o la eficacia liberatoria de su pago al cedente de la notificación), 769.

para la producción de efecto traslativo tienen como explicación realista el interés en favorecer la rapidez del tráfico jurídico, en facilitar la rápida circulación de los créditos, restando requisitos ulteriores a la perfección del acto de cesión, tras el cual ya no es el cedente sino el cesionario el nuevo titular del crédito, y no sólo inter partes sino frente a todos (deudor, acreedores del cedente, otros cesionarios) (243). Concretamente, la no exigencia de notificación parece explicarse por el interés en no limitar el poder de disposición del cesionario y no dar lugar a situaciones inconvenientes cuando sin notificación de una primera cesión se ha producido una serie de cesiones ulteriores que, de otra forma, habrían de ser notificadas al deudor (244).

Es, por tanto, no sólo para satisfacer exigencias de orden teórico o técnico, sino sobre todo exigencias prácticas del tráfico (*Ansprüche des Verkehrs*) por lo que se entiende que el cedente debe dejar de ser acreedor y, por tanto, carecer de facultades para disponer eficazmente del crédito, para que no coexistan dos titularidades o poderes de disposición (el del cesionario como adquirente y el cedente hasta la notificación) (245). Esta fue, pues, borrada de entre los requisitos de eficacia de la cesión, lo cual fue presentado como la eliminación de un obstáculo indeseable para la rapidez y seguridad de la circulación de los créditos (246).

Lo dicho no significa que la notificación al deudor esté desprovista de eficacia. Muy al contrario, como veremos, en los §§ 409 y 410 se le reconoce una nada despreciable relevancia como uno de los medios de protección al deudor. Esto me confirma en la idea de que lo que se pretendió fue hacer desaparecer cualquier referencia a la misma en sede de efectos de la cesión, manteniéndola o postergándola, según se mire, al campo de la protección al deudor. Así, ciertamente, el efecto traslativo no está condicionado por ella (247), pero sí puede permitir al deudor negar la prestación al cedente o al cesionario o a ambos.

Como consecuencia de la decisión de reconocer eficacia traslativa al acto de cesión, sin requerir otro acto posterior (entrega o notificación), tras la cesión ya no es el cedente sino el cesionario el titular del crédito. De esto se deriva, lógicamente, una serie de consecuencias

(243) «Motive...», *cit.*, pp. 118 y 119.

(244) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 759 y 760.

(245) «Die Beratung...», *cit.*, nota 3 a pie e p. 759.

(246) Tanto es así que se rechazó una propuesta de Johow de imponer al cedente la obligación de notificar la cesión al deudor, aunque del cumplimiento de esta obligación no dependiese la producción del efecto traslativo, por considerar la mayoría que era suficiente con la obligación de expedir un documento acreditativo de la cesión con firma legalizada a requerimiento y a costa del cesionario («Die Beratung...», *cit.*, pp. 789 y 790).

(247) «Motive...», *cit.*, p. 120.

posteriores. Por un lado, que ya no es el cedente sino el cesionario el legitimado para exigir el pago al deudor o para negociar con él sobre el crédito. Por otro, que son los acreedores del cesionario los que pueden embargar el crédito, y que el conflicto entre diversos cesionarios en caso de doble cesión prevalece aquel cuya cesión fue la primera eficaz, según la fecha.

2.2.4. *Abstracción de la causa en la cesión*

Ha habido y hay acuerdo en señalar que el negocio de cesión es abstracto, tanto como pueda serlo el acuerdo traslativo en la transmisión de bienes corporales (248). Esto va a significar, entre otras cosas, que la cesión, al igual que los demás negocios abstractos de disposición, no necesite que en ella ni en el documento que, según el § 403 está obligado a expedir el cedente a requerimiento del cesionario, se haga constar cuál es la causa o negocio obligacional. Además, lógicamente, el deudor no va a poder oponer al cesionario excepciones relativas al negocio obligacional, sino solamente las que se refieran al de disposición (249). Además, es claro, que también las otras consecuencias de la abstracción ex §§ 812, 818.2 y 822 operan: la desaparición o la no existencia de la causa (negocio obligacional) obliga al cesionario a restituir el crédito que ha adquirido al cedente y, si esto no fuera ya posible (extinción o transmisión ulterior del crédito), a indemnizarle por su valor, salvo que lo haya cedido a otro a título gratuito, en cuyo caso este cesionario del cesionario deberá restituir el crédito o su valor, como hubiera debido hacerlo su dante causa.

El sentido o el interés protegido al decidir la abstracción de la causa ha sido el de la seguridad del tráfico, puesto que al tercero (adquirente del adquirente) que adquirió a título oneroso se le va a mantener en su adquisición aunque la adquisición de su dante causa no esté justificada. Además, también favorece al mismo cesionario, al privar al deudor de ciertas excepciones, como son las relativas al negocio obligacional.

(248) «Motive...», *cit.*, últ. lo. cit.; «Die Beratung...», *cit.*, p. 818; *vid.*, por todos, Larenz, *op. cit.*, pp. 571, 575, 579 y 588.

(249) En algunas redacciones del texto del proyecto o en alguna de las fases del proceso de elaboración de la norma se explicitaron estas consecuencias de la abstracción de la causa en la cesión, si bien se optó por su supresión, por entender innecesario explicarlas («Die Beratung...», *cit.*, pp. 743, 757, 816, 818, 828 y 829), y es por esto por lo que ya no aparece dicho que el deudor no puede oponer al cesionario excepciones relativas al negocio obligacional, ni que en el documento de cesión no sea necesario mencionar la causa.

2.2.5. Cesión de crédito ajeno y adquisición de crédito a non creditore

Estamos ante un supuesto de cesión de crédito existente pero ajeno cuando al tiempo de concluir el acuerdo traslativo de cesión el crédito no pertenece al cedente, bien porque nunca le ha pertenecido, bien porque ya lo ha cedido previamente, no estando autorizado en uno ni en otro caso a disponer de él por su verdadero titular actual. Entre los preceptos relativos a la cesión ninguno se ocupa de esta cuestión (250), por lo que se hace necesario acudir a las reglas generales sobre transmisión de bienes. Y entiendo que tales reglas no son otras que aquellas que nos confirman que nadie puede transferir más derechos de los que él mismo tiene, como se recoge, entre otros en los §§ 873, 925 y 929. Por consiguiente, si entre los preceptos relativos a la cesión de crédito no se contiene una regla en la que se formule una excepción, consistente en admitir la adquisición a *non creditore* en favor del cesionario, no hay más remedio que entender que, en principio, nada adquiere el cesionario si el cedente nada tenía al tiempo de la cesión.

Las reglas contenidas en los §§ 892 y, sobre todo, 932, que contemplan supuestos de adquisición a *non domino* de bienes inmuebles y de muebles, respectivamente, son consideradas como no susceptibles de aplicación a la cesión de crédito ajeno, por lo menos, no a los no incorporados a títulos valores. Que tales preceptos no sean aplicables directamente a la cesión es algo indiscutible, pero es que tampoco lo son por analogía porque se entiende que falta identidad de razón. Y falta porque se considera que en los créditos no incorporados a títulos valores no hay un signo exterior que, como el que supone la inscripción en un registro público o la posesión, cree una apariencia suficiente de titularidad en favor del sedicente titular del crédito (251). Así, pues, en principio, ni la posesión de un documento en el que se refleja el acto de donde nace supuestamente un crédito, ni la de un documento en que se dice hacer cesión de un crédito en favor de su sedicente titular, y ni siquiera la afirmación del deudor de que esa

(250) En la comisión del Ministerio de Justicia von Mandry propuso la introducción de un precepto en el que se admitiese la adquisición a *non domino* de los créditos documentados, cuando la cesión hubiese sido hecha con la presentación del documento en el que el cedente aparecía como titular del crédito, exigiendo la buena fe del cesionario, que no adquiriría el crédito si sabía o debía saber que no era del cedente. Esta propuesta fue rechazada, si bien se dijo que la decisión definitiva al respecto dependía de lo que se acordase al tratar de las adquisiciones a *non domino* de bienes corporales, aunque ya se decía que la cesión no podía ser considerada como una situación jurídico-real («Die Beratung...», *cit.*, pp. 833 y 834).

(251) La contenida en el § 405 no contempla un supuesto de cesión de crédito ajeno.

persona es su acreedor constituyen apariencia suficiente de titularidad como para que el cesionario de un crédito que no pertenecía al cedente y del que no estaba autorizado a disponer, prevalezca frente al verdadero acreedor (252).

Así las cosas, la cesión de crédito ajeno es, en principio, ineficaz, esto es, no tiene como resultado la expropiación al verdadero titular del crédito y su adquisición por el cesionario. Con arreglo al § 185 no hay por qué considerarla inválida: el cedente quedó vinculado en virtud del negocio obligacional a hacer del cesionario el titular de dicho crédito y este efecto obligatorio subsiste. El traslativo se producirá también, a pesar de todo, si el verdadero titular de dicho crédito da su consentimiento a esa cesión, o si el cedente adquiere el crédito con posterioridad (253). En los motivos se defendió esta solución con base en el llamado principio de convalescencia (Konvaleszenzprinzip) de la cesión de crédito ajeno (154). Con todo, el cesionario que no llega a adquirir el crédito tiene acción contra el cedente para hacer efectiva la garantía legal de la *veritas nominis* si la cesión fue onerosa, conforme al § 437 (255).

Excepcionalmente, se admite en el § 2366 la adquisición de créditos a *non creditore* cuando el cedente es el heredero aparente en virtud de un certificado sucesorio (Erbschein), siempre que el cesionario sea de buena fe (256). En este caso, el cesionario adquiere el crédito a

(252) Vid Larenz, *op. cit.*, p. 576.

(253) «(Verfügung eines Nichtberechtigten) Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.

Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam» (§ 185).

(254) «Motive...», *cit.*, pp. 139 y 140. En el caso de que el verdadero titular del crédito autorizase *ex post* la cesión, se entendía que su eficacia se retrotraía, aunque sin perjuicio de terceros adquirentes del verdadero titular del crédito anteriores al consentimiento de la cesión por éste. Si el cedente adquiría el crédito después de la cesión era entonces cuando ésta adquiría plena eficacia. Y si varias hubieran sido las cesiones hechas prevalecería la autorizada por el verdadero titular o la realizada por el cedente que (antes) hubiese adquirido el crédito.

(255) «(Gewährleistung bei Rechtskauf) Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes» (§ 437.1). Precepto que es aplicable también a otras cesiones onerosas, conforme al § 493.

(256) «(Öffentliche Glaube des Erbscheins) Erwirbt jemand von demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstand oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte, so gilt zu seinen Gunsten der Inhalt des Erbscheins, soweit die Vermutung des § 2365 reicht, als richtig, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kennt oder weiß, daß das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat» (§ 2.366).

costa del verdadero heredero, lo cual quiere decir que no lo adquiere si tal crédito no pertenecía a la herencia, en lo cual hay una importante diferencia respecto a las adquisiciones a *non domino* de cosas ex §§ 892 y 932, en las que el adquirente de buena fe adquiere en perjuicio de cualquiera que fuera el verdadero propietario (257).

Finalmente, a la excepción anterior habría que sumar las que el principio de buena fe (§ 242) pudiera, quizá, permitir, como sucedería cuando resulte contraria a éste la pretensión del verdadero titular del crédito frente al cesionario de un cedente no titular del crédito, si resulta probado que el demandante había creado con su propia actuación la apariencia de que el cedente estaba legitimado para disponer del crédito (257 bis).

2.2.6. *Conclusión: intereses en conflicto*

Nos encontramos, visto el tratamiento de las cesiones de crédito ajeno, ante una relativa limitación de la protección al tráfico: cuando el interés perjudicado fuese el del verdadero titular del crédito, las exigencias de seguridad y de protección al adquirente se doblegan. En esa solución pesaría también la tradición de no admitir ese tipo de adquisiciones, pero imagino que, sobre todo, existiría el propósito de no sacrificar el interés de los acreedores actuales, que, de otro modo, a sus espaldas, podrían resultar expropiados de sus créditos en favor de un tercero de buena fe. Sólo cuando, como sucede en el supuesto del § 2366, la apariencia de titularidad ha sido creada con la intervención del poder público mediante la expedición del certificado sucesorio a favor del heredero aparente, prevalece el interés del adquirente de buena fe frente al del verdadero heredero. Sólo en este supuesto y en el de créditos incorporados a títulos valores se consideraba protegible, por razonablemente creíble, la apariencia.

En lo demás, resulta bastante clara la opción del legislador alemán de favorecer el tráfico, en este caso, la circulación de los créditos. En primer lugar, con el apartamiento del deudor, cuyo consentimiento no se requiere, se opta por la ampliación de los bienes comer-

(257) Vid. Olshausen, *op. cit.*, p. 23.

(257 bis) Como tal apariencia no se admite la notificación que de una cesión hiciese al deudor el supuesto cedente. Es decir, si el acreedor notificase una cesión al deudor y el supuesto cesionario cediese el crédito a otro, si luego resultase que la cesión notificada no había tenido lugar o era ineficaz, se entiende que el cesionario del cesionario no adquiriría el crédito. Y es que se entiende que el § 409 no contempla esta cuestión, sino que sólo protege al deudor que hubiera hecho caso de esa notificación, pero no al tercero que pretende haber adquirido en base a esa apariencia. Por tanto, la apariencia a la que me refiero en el texto debería desprenderse de una actuación del acreedor directamente dirigida al tercero de buena fe, y no al deudor.

ciables y se facilita su circulación eliminando esa traba y reforzando el poder de disposición del acreedor. En segundo lugar, al no requerir toma de posesión o investidura posesoria ni notificación al deudor, se apuesta por la rapidez del tráfico, en interés, sobre todo, del cesionario, pues ni para consolidar su adquisición ni para disponer del crédito necesita de un acto posterior ni diferente al convenio de cesión. Y, en tercer lugar, se favorece también la seguridad del tráfico, al restar posibles causas de impugnación de la cesión (las del negocio obligacional que el deudor no puede hacer valer), lo cual favorece al cesionario y, al eliminar también causas de impugnación de la adquisición basadas en la falta de causa de otras adquisiciones anteriores, se refuerza la protección del cesionario del cesionario, es decir, la seguridad del tráfico.

Me parece, pues, evidente que todas estas decisiones sobre la producción del efecto traslativo favorecen claramente la circulación de los créditos, haciendo posible que ésta sea lo más amplia, rápida y segura posible, lo cual es una manifestación más de la tendencia a la objetivación del intercambio que, como se ha señalado (258), alcanzó en el BGB un grado importante de expresión, a lo que la cesión de créditos no se sustrajo.

De terminarse las cosas aquí, el resultado sería el de una total desprotección y desconsideración del interés del deudor: no se necesitaba de su consentimiento ni de su conocimiento de la cesión para que ésta tuviese lugar y fuese eficaz para todos. Por el momento, los intereses protegidos son los del cedente (libertad para disponer del crédito sin contar con el deudor), del cesionario (rápida y segura adquisición del crédito, al no ser necesaria la entrega ni la notificación y al reducir las excepciones que el deudor puede oponerle) y el de los sucesivos causahabientes (seguridad frente a la falta de justificación de las anteriores transmisiones).

Pero esto no significa que el interés del deudor no haya sido tenido en cuenta en la regulación que de la cesión hace el BGB. No lo ha sido, desde luego, al regular la producción del efecto traslativo, pero sí al decidir cuándo le es oponible la cesión o, como también se verá, la no cesión. En los §§ 404-410 se establece un conjunto de reglas, que no me atrevería a llamarlo sistema, de protección al deudor, aunque sin alterar lo decidido en el § 398 y reglas generales sobre transmisión de bienes en relación a la producción del efecto traslativo.

Creo que son, fundamentalmente, tres los puntos en torno a los que se articula la protección al deudor. En primer lugar, la regla

(258) Vid. F. Galgano: «Il diritto privato fra codice e costituzione», 2.^a ed., Bologna, 1983, pp. 69-75.

según la cual la situación jurídica del deudor no debe resultar empeorada por la cesión, a menos, claro está, que el deudor la consienta de algún modo. Los §§ 404 y 405 parecen responder a esta idea. En segundo lugar, estaría la regla según la cual el deudor no debe resultar perjudicado por una cesión de la que no tenía conocimiento, si de buena fe actuó con persona distinta del verdadero adquirente. A esta idea parecen responder los §§ 406, 407 y 408. Y, en tercer lugar, estaría la regla según la cual el deudor que ha tenido conocimiento de la cesión por ciertas vías especialmente previstas por la ley (anuncio de cesión del cedente, básicamente), puede actuar conforme a lo anunciado sin que la inexistencia o la ineficacia de la cesión así conocida le puedan perjudicar. Esta idea parece estar detrás de los §§ 409 y 410.

Estas previsiones de protección al deudor han sido presentadas como una especie de compensación frente a las desventajas y peligros que un sistema de cesión como el adoptado, tan favorable a las exigencias del tráfico, entraña para aquél (259). No obstante, hay que ser consciente de que, como hemos de comprobar, esta suerte de protección compensatoria no le va a poner a cubierto de todos los riesgos que para él puede suponer el cambio de la titularidad del crédito sin su necesaria intervención. Por ejemplo, en modo alguno se le va a proteger de la eventualidad de que el nuevo acreedor sea más exigente que el anterior o menos dispuesto a negociar con él. Y, como veremos, en una medida no tan grande como parece o se pretende hacer ver, se le protege frente a las consecuencias desfavorables que para él se pueden derivar del riesgo de equivocarse y haber pagado o negociado con quien no es o ya no es su acreedor.

Hay aquí, sin embargo, un cierto margen que permite interpretar la norma en un sentido más seguro para el deudor de lo que ha venido siéndolo hasta ahora por la doctrina alemana y que, como intentaré hacer ver, depende de qué se entienda por buena o mala fe del deudor y de la eficacia que se conceda al anuncio de cesión del cedente.

Sí quiero advertir antes de iniciar el análisis de la protección al deudor, que los tres grupos de preceptos o las tres reglas a las que antes me he referido constituyen mecanismos que funcionan con una autonomía sólo relativa, pues continuamente se entrelazan, de manera que no es posible analizar uno sin tener en cuenta a los otros. Permiten identificar los problemas y ordenar las ideas, pero no pueden funcionar enteramente por separado.

(259) Claramente así puede verse en «Die Beratung...», *cit.*, pp. 759 y 760. Vid. también Dörner, *op. cit.*, pp. 269 y 270, y Olshausen, *op. cit.*, p. 28.

2.3. La cesión no debe suponer un empeoramiento de la situación jurídica del deudor

Esta es la regla que se deduce, principalmente, de los §§ 404 y 405. En éstos se trata de proporcionar al deudor la facultad de oponer al cesionario lo existente antes de la cesión o, mejor, lo que tiene su origen o fundamento en algo ya existente al tiempo de producirse la cesión. El punto de partida parece coincidir con el principio de sucesión a título singular (*Grundsatz der Sondernachfolge*) que, ante todo, supone que el cesionario subentra en la posición jurídica del cedente o, si se prefiere en términos de transmisión, que el cesionario no adquiere más de lo que el cedente tenía, puesto que nadie puede transferir más de lo que tiene. Finalmente y, en cierto modo, como corrector o límite en la aplicación de esta regla de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor, estaría también el principio o criterio de que la cesión tampoco debe dar lugar a una mejora en su situación jurídica.

2.3.1. Delimitación de la regla del § 404 en relación a la del § 407: excepciones que el deudor puede oponer al cesionario

Por lo que respecta al § 404, en él se establece que el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que pudiera haber opuesto al cedente con tal que ya estuvieran fundamentadas (*bregründet*) al tiempo de la cesión (260). Antes de entrar en detalles creo conveniente dejar claro que este precepto no agota las excepciones que el deudor puede oponer al cesionario. En él sólo se trata la cuestión de si el deudor puede y en qué medida oponerle excepciones que, de no haberse producido la cesión, habría podido hacer valer contra el cedente. La regla es que no sólo puede oponer al cesionario las que ya al tiempo de la cesión hubiera podido hacer valer contra el cedente, sino también aquellas cuyo supuesto de hecho se hubiera realizado o completado después de la cesión, con tal que la causa o situación jurídica en la que tales excepciones tuvieran su fundamento ya existiese al tiempo de la cesión. Pero, además, también puede el deudor hacer valer frente al cesionario, sin necesidad de que un precepto específico así se lo reconozca, todas aquellas excepciones que se deriven de las relaciones jurídicas anteriores o posteriores al momento de la cesión que puedan existir

(260) «Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren» (§ 404).

entre ellos dos, así como las relativas al negocio (dispositivo) de cesión (261), pues tales posibilidades se dan por supuestas. Como también se da por supuesto que no pueda oponer al cesionario la invalidez o ineficacia del negocio obligacional, como consecuencia del carácter abstracto de la cesión.

Centrándonos, pues, en el ámbito del § 404, esto es, en las excepciones que habrían podido ser opuestas al cedente de no haberse producido la cesión, hay que señalar que ha venido existiendo acuerdo en determinar cuál es el espíritu y finalidad de esta norma. Desde el primer momento, quedó claro que la intención de us redactores fue la de permitir al deudor hacer valer frente al cesionario no sólo aquellas excepciones que ya al tiempo de la cesión eran oponibles al cedente, sino también aquéllas que sólo después habría podido hacer valer si la cesión no se hubiera producido, con tal que tales excepciones estuviesen fundadas al tiempo de producirse la cesión. Es decir, que también podría hacer valer frente al cesionario aquellas que al tiempo de la cesión no hubiera todavía podido oponer al cedente por no haberse todavía realizado o completado su supuesto de hecho, el que directamente las hace efectivamente oponibles, con tal que la posibilidad jurídica de hacerlas valer naciese de la relación jurídica existente al tiempo de la cesión.

La razón de ser de esta interpretación está, precisamente, en impedir que la situación jurídica del deudor empeore indebidamente como consecuencia de la cesión, en la que él no ha sido parte y cuyo consentimiento tampoco se requiere para llevarla a cabo. Es decir, si es indiscutible que el cesionario adquiere el crédito con los «defectos» que ya existiesen al tiempo de la cesión y que el deudor podía hacer valer por el principio *nemo plus iura...*, no debía serlo menos que la cesión no debía impedir al deudor valerse frente al cesionario de excepciones que se derivan de la relación jurídica anterior a la cesión, puesto que ésta no debe impedir que tales medios de defensa del deudor lleguen a materializarse y hacerse efectivos si se dieran más tarde los elementos de su supuesto de hecho, pues sólo de esta forma se evita que el deudor se vea obligado a llevar a cabo una prestación en favor del cesionario que, de no haberse producido la cesión, habría podido negar al cedente (262).

En concreto, como ejemplo se citaba el de la condición resolutoria, cuya realización tras la cesión podía ser hecha valer por el deudor al cesionario, o la facultad resolutoria que el deudor podía ejercitar también después de la cesión si es entonces cuando, por

(261) Por todos, vid. B. Planck: «BGB», t. II, Berlín, 1900, p. 187, n.º 3.

(262) Por todos, vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

ejemplo, se producía la evicción de lo recibido por el deudor (263). La situación del deudor quedaría notablemente empeorada sin razón si la cesión impidiese al deudor oponer al cesionario excepciones que, como las mencionadas, no eran ejercitables al tiempo de la cesión sino después, si bien estaban ya fundadas antes de ésta.

Pues bien, si esta finalidad aparece perfectamente reconocible en el tenor literal del § 404, no siempre sucedió así a lo largo del proceso de elaboración de la norma (264). En las primeras redacciones y durante buena parte de ese proceso, el texto de esta disposición, su tenor literal, más bien parecía conceder al deudor sólo la facultad de oponer al cesionario aquellas excepciones que ya al tiempo de la cesión hubiera podido hacer valer (265). A pesar de ello y ante las críticas u observaciones por su carácter excesivamente restrictivo — téngase en cuenta que el deudor no hubiera podido oponer excepciones oponibles efectivamente sólo después de la cesión, aunque estuviesen fundadas antes de ella (266)—, se afirmaba que no era ésa la finalidad de la norma, sino que con ella tan sólo se pretendía negar al deudor la posibilidad de hacer valer frente al cesionario excepciones estrictamente personales (*höchstpersönliche Einreden*), o aquellas que se fundamentaban en negocios o relaciones jurídicas establecidas por el cedente después de la cesión, cuando ya no tenía poder de disposición sobre el crédito, pero que no se trataba de excluir las demás (267).

En lo relativo a la exclusión de las llamadas excepciones estrictamente personales, que en algún momento se explicitó en el texto de la disposición (268), se consideró innecesario expresarlo, según se dijo, porque en el derecho civil alemán ya no se reconocen tales excepciones (269). En cuanto a aquellas que el deudor tampoco podía oponer al cesionario porque nacían de negocios jurídicos celebrados por el cedente cuando ya no tenía poder de disposición sobre el crédito, hay que admitir que se trataba de excepciones cuyo fundamento estaba o está en relaciones o negocios jurídicos que no existían antes de la cesión, sino que eran posteriores, puesto

(263) Vid. «Motive...», *cit.*, p. 129; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 794 y 795.

(264) La redacción actual procede de una propuesta de Struckmann («Die Beratung...», *cit.*, p. 798).

(265) Vid. «Die Beratung...», *cit.*, pp. 741, 744, 750, 756 y 757. Se habla de excepciones que competiesen (*zustanden*) al deudor frente al cedente al tiempo de la cesión, en tanto que en el texto definitivo se habla de excepciones que estuviesen fundamentadas (*begründet*) entonces.

(266) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 750, 793 y 794.

(267) «Motive...», *cit.*, pp. 128 y 129; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 794 y 795.

(268) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 796 y 797.

(269) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 797 y 798.

que es tras ésta cuando aquél ya no tiene la facultad de disponer del crédito.

En esto último creo conveniente profundizar algo más. Y es que pudiera pensarse que, según el § 404, las excepciones no sólo cuyo nacimiento (oponibilidad), sino incluso su fundamento (causa, negocio del que derivan como posibles) creado por el cedente o por éste y el deudor es posterior a la cesión son inoponibles al cesionario. Y así sería, sin más, si se admite la interpretación a contrario del § 404. Ahora bien, admitir que el deudor puede oponer al cesionario las excepciones ya fundamentadas (aunque todavía no fueran efectivamente oponibles) frente al cedente al tiempo de la cesión, no tiene por qué significar, sin más, que las fundamentadas después son inoponibles al cesionario. Desde luego, no lo serán si nos limitamos a considerar el § 404, pero si atendemos a otros preceptos nos encontramos con que sí pueden serlo. Esos otros preceptos son, fundamentalmente, los contenidos en los §§406-408. De éstos se desprende que el deudor puede hacer valer frente al cesionario negocios concluidos con el cedente después de la cesión si el deudor no tenía conocimiento de ella: las excepciones que de ello se derivan son, con esa condición, oponibles al cesionario —pensemos en un aplazamiento o en el perdón de la deuda—, aunque no tengan su fundamento en un acto anterior a la cesión.

Así pues, el § 404 no admite, sin más, una interpretación a contrario, sino que, al ponerlo en relación con el §407, resulta que la primera conclusión es que en aquél es irrelevante el momento en el que el deudor tuviera conocimiento de la cesión (270). Es decir, tratándose de excepciones del deudor contra el cedente que tengan su fundamento en un negocio o en relación jurídica anterior a la cesión el § 404 permite al deudor oponerlas al cesionario, aunque el completo supuesto de hecho de tales excepciones no se realice hasta después de la cesión e, incluso, hasta después de que el deudor tuviese conocimiento de ella (271). Sin embargo, de los §§ 406 y 407 se desprende que si se trata de excepciones cuyo fundamento se encuentra en negocio relativos al crédito, concluidos por el cedente después de la cesión, esto es, cuando ya no tiene poder de disposición sobre aquél, sólo serán oponibles si al tiempo de llevarse a cabo tales negocios no tenía el deudor conocimiento de la cesión. No dejemos de tener presente que es la cesión y no su conocimiento por el deudor lo que priva al cedente de su poder de disposición sobre el crédito. Por tanto, lo que hace tal conocimiento es impedir al deudor oponer al cesionario

(270) Vid. Dörner, *op. cit.*, p. 276.

(271) Por eso se decía en este tipo de excepciones era irrelevante el tiempo en el que se produjeron los hechos que complementan el supuesto de hecho de tales excepciones («Motive...», *cit.*, p. 129; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 794 y 795).

excepciones derivadas de negocios realizados por el cedente después de la cesión.

2.3.2. *Esquema del conflicto de interés deudor/cesionario a partir de la relación cedente/deudor*

Así pues, el conflicto de interés entre, por un lado, el cesionario objetivamente interesado en que no le sean oponibles aquellas excepciones del deudor contra el cedente y cuya existencia aquél desconoce y, por otro, el deudor interesado objetivamente en poder oponer al cesionario todas las excepciones que habría podido oponer al cedente si la cesión no hubiera tenido lugar, es decidido a favor del deudor. Tenga o no el cesionario conocimiento de éstas, el deudor, según el § 404, le va a poder oponer las que al tiempo de la cesión ya estuviesen fundamentadas contra el cedente aunque todavía entonces no fueran oponibles.

Desde luego, las que al tiempo de la cesión ya hubiera podido el deudor oponer al cedente sigue pudiendo hacerlas valer frente al cesionario. Lo contrario sería injusto porque la cesión es un acto en el que el deudor no interviene, se cede sin necesidad de contar con su consentimiento ni con su conocimiento, por lo que el deudor no puede perder excepciones que ya podía efectivamente oponer. Pero es que tampoco puede decirse que el cesionario, una vez adquirido el crédito, queda a cubierto de excepciones derivadas de la relación cedente/deudor y que son oponibles por hechos posteriores a la cesión, por más que derivan de una relación jurídica extraña al cesionario.

Y es que si se trata de impedir que el deudor se vea obligado a pagar al cesionario en casos en los que habría podido negarse a ello si el cedente hubiera continuado siendo su acreedor, en orden a que la cesión no empeore la situación del deudor, éste también podrá oponer al cesionario excepciones que derivan de la relación deudor/cedente establecida antes de la cesión aunque sólo después de ésta sea cuando concurren todos los requisitos para hacer valer la excepción. Así, podría suceder que el cesionario se encontrase con que el deudor le niega justificadamente el pago de una deuda que al tiempo de la cesión era exigible y que ahora no lo es por un hecho derivado de una relación a la que el nuevo acreedor es ajeno.

Téngase en cuenta que si el crédito cedido nacía de una relación obligatoria sinalagmática entre cedente y deudor, éste podrá justificadamente negarle la prestación, si el cedente no ha cumplido por su parte lo que le correspondía (excepción de contrato no cumplido ex § 320 o la del § 321), o si la relación obligatoria se ha extinguido como consecuencia de la resolución por incumplimiento (§§ 325 y 326), o por imposibilidad sobrevenida de la prestación (§ 323), o si el

contrato del que nace el crédito ha sido resuelto o anulado (272), aunque la causa de la resolución haya tenido lugar después de la cesión. Y es que en estos casos, además, el cesionario no puede realmente sostener que el crédito que ha adquirido sea extraño a la relación cedente/deudor, ya que la sinalagmaticidad de la relación obligatoria de donde nacia ese crédito hace que las vicisitudes del contracrédito (el del deudor contra el cedente) afecten al funcionamiento del cedido porque, en el fondo, la idea es que cada prestación es la causa de la otra. Y este vínculo causal no se rompe a favor y, mucho menos, en contra o en perjuicio del deudor (273).

Lo que sucede cuando se dice que el deudor puede hacer valer frente al cesionario la extinción del crédito o el incumplimiento del cedente es que se está admitiendo algo que, en principio, puede parecer chocante: no coincide el pasivamente legitimado o destinatario de tales excepciones (el cesionario) con la persona contra la que el deudor tiene el derecho o la pretensión material al cumplimiento o a la reciprocidad (el cedente). Disociación que es necesario admitir para conseguir que el deudor no vea empeorada su situación (garantías, por qué no, de la estructura misma de la relación obligatoria de la que nace el crédito y el contracrédito) por un acto, como el de cesión, al que él es ajeno, en principio, por completo (274).

Además, como una prueba más de la escasa tranquilidad que, en principio, puede tener el cesionario en lo relativo al nacimiento de excepciones después de la cesión derivadas de la relación cedente/deudor, no nos olvidemos de que el deudor también puede oponerle, conforme al § 407, aquellas que, no estando ni tan siquiera fundamentadas al tiempo de la cesión, nacen de negocios realizados por el cedente después de ella si el deudor no conoce la cesión.

Finalmente, pudiera pensarse que el cesionario sí puede quedar tranquilo una vez que ha cobrado el crédito, respecto de eventuales reclamaciones o pretensiones ulteriores del deudor basadas en la relación de éste con el cedente. Pues bien, aún en este caso, creo que no podría excluirse trajantemente la posibilidad de que el cesionario se vea obligado a restituir la prestación al deudor, como consecuencia, por ejemplo, de la resolución, rescisión o invalidez de la relación obligatoria entre cedente y deudor. Es decir, si bien parece poco discutible que el cesionario no podrá ser demandado para que resarza al

(272) Por todos, vid. Olshausen, *op. cit.*, p. 34.

(273) Esta referencia a la causa no desmiente el carácter abstracto de la cesión, puesto que no se trata de la causa de la cesión (negocio obligacional subyacente) sino de la relación jurídica entre cedente y deudor de donde nace el crédito cedido, cuyas vicisitudes sí son oponibles al nuevo acreedor.

(274) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

deudor los daños y perjuicios que el incumplimiento del cedente le ha ocasionado y que sólo éste debe indemnizar (275), sí me parece discutible que el deudor no disponga de una pretensión por enriquecimiento injusto contra el cesionario a título gratuito, pues en los §§ 822 y 818.3 puede haber base suficiente para admitir tal posibilidad (275 bis).

Notablemente protegido parece estar, pues, el interés del deudor en que la cesión no le prive no sólo de los derechos o excepciones existentes contra el cedente al tiempo de la cesión, sino también de facultades que se adquieren efectivamente después de ella, si derivan de su relación con el cedente y estaban fundadas antes de la cesión (§ 404), y también aunque deriven de negocios posteriores entre cedente y deudor si éste no tenía conocimiento de la cesión (§ 407). En este punto es el interés del cesionario en la seguridad y efectividad de su adquisición el que se sacrifica en favor del deudor, quedando eso sí a aquél la facultad de dirigirse contra el cedente para exigirle la correspondiente indemnización. Lo que está claro es que en este punto y a estos efectos el riesgo lo soporta el cesionario y no el deudor.

2.3.3. *Delimitación del ámbito de aplicación del § 404 en relación al del § 406*

El tratamiento especial que la excepción de compensación por créditos del deudor contra el cedente parece merecer según el tenor del § 406 merece alguna reflexión por lo que de discordante puede tener con lo dispuesto en el § 404, que estoy analizando. Según el § 406, el deudor puede oponer al cesionario la excepción de compensación no sólo por créditos que tiene contra el cesionario, sino también por los que tenga contra el cedente, con tal que no se dé una de estas dos circunstancias: que el crédito del deudor contra el cedente haya sido adquirido por el deudor después de conocer la cesión, o que el crédito venza después del cedido y también después de conocer la cesión. Aunque del § 406 me ocuparé específicamente después, al analizar la protección del deudor por su no conocimiento de la cesión, junto a los §§ 407 y 408, no está de más delimitar ahora su ámbito de aplicación respecto del § 404.

Lo primero a tener en cuenta es que el § 406 no agota la regulación de la excepción de compensación que el deudor puede oponer al

(275) *Vid.* Olshausen, *op. cit.*, p. 36.

(275 bis) *Vid.* También § 327, que permitiría entender aplicable lo arriba indicado a ciertos supuestos de resolución.

cesionario por créditos que tiene contra el cedente. Así, si al tiempo de la cesión ya se dieron todos los requisitos de la compensación, entre los que, según el § 388, se encuentra la declaración de compensación hecha por una de las partes, pues aquélla no opera *ipso iure*, el deudor podrá ex § 404 negarse a pagar al cesionario, puesto que éste nada ha adquirido si el crédito ya se había extinguido al tiempo de la cesión (276). Y si el contracrédito ya existía al tiempo de la cesión pero todavía no se daban todos los requisitos de la compensación porque, por ejemplo, no había sido declarada todavía, y el deudor, no conociendo la cesión, la declarase frente al cedente, también podría negarse a pagar al cesionario, en base al § 407 por tratarse de un negocio entre cedente y deudor (la declaración de compensación) posterior a la cesión (277). Y si el deudor, tras conocer la cesión, declarase la compensación frente al cesionario, hay también acuerdo en admitir que podía negarse al pago, si bien lo que se discute es si esto resulta de la aplicación del § 404 o del § 406. Quienes afirman que es el § 404 el que concede esta posibilidad es porque entienden que la sola existencia del contracrédito al tiempo de la cesión, aunque no fuera todavía exigible o sí lo fuera pero la compensación no hubiera sido todavía declarada, permite considerar que la excepción de compensación ya estaba fundada al tiempo de la cesión, que es lo que exige el § 404 (278). Quienes entienden que lo que fundamenta tal excepción no es la situación objetiva de compensabilidad sino su declaración por una de las partes, acuden al § 406 para que el deudor pueda negar el pago al cesionario (279).

Aceptado que la excepción de compensación no sólo tiene su regulación en el § 406, lo verdaderamente problemático es decidir si tal precepto sólo se aplica a esta excepción o si también se puede aplicar a otras del deudor contra el cedente. Si sólo se aplicase a la compensación las demás deberían regirse por el § 404. Si así fuera, nos encontraríamos con que el § 404 sería el precepto que con carácter general regula la oponibilidad o no al cesionario de excepciones nacidas de la relación cedente/deudor, mientras que el que se contiene en el § 406 sería una regla especial o, quizá, excepcional para la de compensación. El problema se plantea porque el § 406 es más exigente o más restrictivo que el § 404. Y es que, como he explicado, el § 404 sólo exige que la excepción esté fundamentada al tiempo de la cesión, siendo irrelevante el momento en el que esa excepción llega a ser

(276) Por todos, vid. R. Scheyhing: «Die Zession», en *Singular Sukzessionen*, de K. W. Nörr y R. Scheyhing, Tübinga, 1983, p. 105.

(277) Por todos, vid. Scheyhing, *op. cit.*, pp. 105 y 106.

(278) Es la opinión de Dörner, *op. cit.*, p. 279.

(279) Esta es la opinión mayoritaria, vid. Sheyhing, *op. cit.*, p. 106; Olshausen, *op. cit.*, p. 86.

efectivamente oponible, esto es, que lo sea antes o después e la cesión, o antes o después de que el deudor la conozca, o antes o después de que venza el crédito cedido. Sin embargo, el § 406 excluye la oponibilidad de la excepción si el crédito del deudor contra el cedente vence después de conocer aquél la cesión y después también de vencer el crédito cedido.

La cuestión podría plantearse ante, por ejemplo, un derecho de retención del deudor, derivado de un crédito que éste tenga contra el cedente al tiempo de la cesión. No se trata de si el deudor puede o no negarse a pagar al cesionario alegando la compensación con el crédito del deudor contra el cedente (podría no hacerlo si las prestaciones no son homogéneas), sino de si el deudor puede negarse a pagarle haciendo valer su derecho de retención, que deriva de su crédito contra el cedente. Pues bien, si el crédito que fundamenta este derecho de retención del deudor ya ha vencido pero lo ha hecho después de que éste tuviera conocimiento de la cesión y también después de que haya vencido el crédito cedido, de aplicar el § 406 el deudor no podría hacer valer tal derecho de retención frente al cesionario, mientras que de aplicar el § 404 sí podría porque ya estaba fundamentado al tiempo de la cesión. ¿Qué criterio es el que permite deslindar su respectivo ámbito de aplicación?

Uno podría ser el de distinguir en función del tipo de excepción. Así, resultaría que el § 406, sólo se aplicaría a la de compensación, en tanto que las demás se regirían por el § 404. Lo cual parece poco consistente, ya que no se aclara en virtud de qué razón la compensación debe recibir un trato más restrictivo que las demás. Porque así lo quiere la ley no es algo definitivo, cuando es posible encontrar una interpretación más razonable. Y, efectivamente, esta idea la proporciona o resulta del mismo proceso de elaboración y discusión de la norma del § 404. De lo entonces discutido se desprende que este precepto y no el del § 406 fue el pensado para excepciones que se derivan de la misma relación obligatoria de la que nace el crédito cedido (280). Y el caso más claro es el de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, en las que las vicisitudes de uno de los créditos afectan al otro: el vínculo causal que impregna la génesis y la estructura misma del crédito y del contra-crédito no debe romperse ni relajarse sino mantenerse hasta la total satisfacción de ambos, sin que la cesión de uno pueda afectar negativamente esta vinculación estructural. Es por esto que cualesquiera excepciones, incluida la de compensación, que para el deudor puedan derivarse de su relación con el cedente, cuando ésta es la misma relación obligatoria de donde nace el crédito cedido, si son excepciones ya fun-

(280) «Motive...», *cit.*, p. 129; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 793-795. Lo que sucedió es que se consideró innecesario explicitarlo en el texto.

dadas al tiempo de la cesión (y en las relaciones sinalagmáticas sí lo están), con base en el § 404 pueden ser hechas valer contra el cesionario aunque lo que complete el supuesto de hecho de esta excepción se produzca tras la cesión, después de que el deudor la conozca y aunque sea después del vencimiento del crédito cedido (281).

En cambio, las excepciones contra el cedente que se derivan de una relación con el deudor distinta de aquélla de la que nace el crédito cedido no están regidas por el § 404 y, por tanto, conforme al § 406 no podrán ser opuestas al cesionario si sólo tras el conocimiento de la cesión por el deudor y tras el vencimiento del crédito cedido llegan a ser efectivas, como tampoco si derivan de negocios entre deudor y cedente realizados una vez que el deudor tiene conocimiento de la cesión, como se desprende no sólo del § 406 sino también del § 407.

Por tanto, no es el *nomen* o el tipo de excepción lo que debe decidir la aplicación del § 404 o la del más estricto § 406, sino la relación obligatoria de la que nace: si es la misma que aquélla de la que deriva el crédito cedido se aplica el § 404; si es distinta, el § 406 y, en tal caso, el grado de protección del deudor es menor.

2.3.4. *De si de la cesión pueden derivarse excepciones para el deudor, que antes de ella no tenía*

Pudiera suceder que para impedir un empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión fuese necesario reconocerle excepciones que no habría tenido contra el cedente.

Si se había pactado la incedibilidad del crédito, la negativa del deudor a pagar al cesionario sería un ejemplo: su situación jurídica no puede empeorar con la cesión sin su consentimiento, teniendo que pagar o tratar con un acreedor distinto de aquél con quien pactó la incedibilidad. Y lo mismo si el *pactum de non cedendo* había sido establecido entre el acreedor y un tercero cuando, a pesar de esto, se cede el crédito. En este caso, lo que sucede es que el titular del crédito afectado por tal incedibilidad no tenía poder de disposición del crédito *inter vivos*. Parece algo obvio que el deudor no pueda oponer esta excepción más que cuando ha habido una cesión.

No tan obvio puede parecer el caso en el que el deudor cedido tiene un crédito contra el cedente y otro contra el cesionario. Si resul-

(281) Por todos, vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1213, n.º 2. Con más detalle, vid. Ols-hausen, *op. cit.*, pp. 40-46, que en favor de esta solución cita la jurisprudencia, que ha elaborado el principio según el cual las incidencias o cambios que afectan a la misma relación obligatoria de la que deriva el crédito cedido, afectan y deben ser soportadas por el cesionario hasta la completa realización del crédito. Reservas a este criterio parece tener Dörner, *op. cit.*, pp. 278 y 279.

ta que el crédito contra el cedente está prescrito pero es todavía compensable ex § 390, mientras que el que tiene contra el cesionario no está, prescrito si el cesionario declarara la compensación frente al deudor éste difícilmente podría ver satisfecho su crédito contra el cedente, con lo que la cesión habría supuesto un empeoramiento de su situación jurídica: de no haberse producido la cesión el deudor habría podido declarar la compensación con el crédito (prescrito) contra el cedente y conservar su crédito realizable contra el cesionario.

Pues bien, la única posibilidad de lograrlo es permitiendo al deudor oponerse ex § 396 a la compensación declarada por el cesionario. El problema surge porque este precepto contempla la situación en la que el que se opone a la compensación tiene varios créditos contra el que la declara, mientras que en el supuesto que nos ocupa ni antes ni después de la cesión tiene el deudor varios créditos contra el antiguo ni contra el nuevo acreedor.

No podría el deudor ampararse para lograrlo en el § 404 porque antes de la cesión no tenía la facultad de oponerse a la compensación: si el deudor tuviese varios créditos contra el cedente sí habría tenido la posibilidad de oponerse a la compensación declarada por el cedente si le hubiera sido perjudicial, posibilidad que conservaría tras la cesión. El problema es que antes de ella el deudor no la tenía. Tampoco le ampara el § 406, porque lo que este precepto le permite es oponer al cesionario la compensación del crédito cedido con un crédito del deudor contra el cedente. Pero si el cesionario se le ha adelantado y ha declarado la compensación del crédito cedido con la deuda que él tiene con el deudor, nada puede hacer ya el deudor con base en el § 406.

Ante esta situación, si se desea evitar ese resultado perjudicial para el deudor como consecuencia de la cesión, habría que aplicar no el § 404 o el § 406 por separado, sino el principio que subyace en ambos, por el cual el deudor no debe ver empeorada su situación jurídica por un acto al que, como sucede con el de cesión, él ha sido ajeno, aunque para lograr este resultado sea necesario reconocer el deudor una facultad (la del § 396), que no tenía ni habría tenido de no haberse producido la cesión (282).

2.3.5. *Límites de la protección del deudor: la cesión tampoco debe suponerle una mejora en su situación jurídica*

El principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor por la cesión requiere de una serie de matizaciones que eviten que

(282) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 84-88.

se produzcan resultados injustos. En primer lugar, hay que tener presente que es a la situación jurídica y no a las condiciones fácticas del deudor a las que va referido. Así, el deudor no puede evitar que su nuevo acreedor sea más exigente o menos dispuesto que el anterior a concederle aplazamientos, aceptar pagos parciales, rebajas de la deuda, etc. Y ante el incumplimiento del deudor éste no puede pretender que el importe de su prestación resarcitoria no sea mayor del que habría resultado si el perjudicado hubiese sido el acreedor anterior (283). Pero, por otra parte, parece bastante razonable entender que no es justo que la cesión suponga una mejora en la situación jurídica del deudor, aunque nada habría que objetar a que lo que mejorase fuese su situación fáctica, como tampoco pasaba nada si empeoraba.

Así, manifestación de este correctivo al principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor, que es en lo que consiste el postulado de no mejora de ésta, sería la admisión de que si el deudor hace valer frente al cesionario una excepción nacida de su (del deudor) relación con el cedente, el cesionario podrá replicar haciendo valer por su parte todo aquello que el cedente hubiera podido hacer valer si él hubiera sido el destinatario de tal excepción. El caso más claro es el de la compensación que el deudor hace valer frente al cesionario por un crédito contra el cedente: el cesionario podría apoyar su pretensión de pago frente al deudor con los mismos argumentos que hubiera podido emplear el cedente para negar la compensación (no vencimiento o previa extinción del contracrédito, no homogeneidad de prestaciones...) (284). Es decir, el cesionario que debe soportar algo que nace de la relación cedente/deudor ha de tener las mismas posibilidades de defenderse que habría tenido el cedente.

Otra manifestación no menos evidente del principio de que la cesión no debe mejorar la situación jurídica del deudor es la conservación por parte del del cedente de la excepción de contrato no cumplido al objeto de poder negar el pago al deudor cuando el crédito cedido nace de una relación obligatoria sinalagmática: si el deudor no paga al cesionario y, sin embargo, reclama el cumplimiento del cedente, éste podrá negarse. Y lo mismo sucederá si el cedente tiene un derecho de retención derivado de un crédito contra el deudor. La razón para reconocer al cedente estas posibilidades no es la reciprocidad, es decir, el reconocer al deudor esas mismas posibilidades, ya que la situación de uno y de otro no es la misma. Al deudor se permite oponer al cesionario esas y otras excepciones porque su situación no debe verse empeorada por la cesión, en el sentido de que puede así negar al cesionario una prestación que habría podido negar también al

(283) Vid. Olshausen, *op. cit.*, p. 52.

(284) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 76-78.

cedente si la cesión no se hubiera producido. En cambio, el cedente, por un acto propio, ha dispuesto del crédito y voluntariamente ha provocado la ruptura formal de la reciprocidad, por lo que no podría él invocar el principio de no empeoramiento de su situación por la cesión, ya que él podía haberlo evitado no cediendo. La razón por la que, a pesar de esto, el cedente puede negarse a pagar al deudor si éste, por su parte, no lo ha hecho al cesionario, no es otra que la de evitar que la situación jurídica del deudor resulte indebidamente mejorada (285).

En este mismo sentido, pero sin acuerdo sobre la solución concreta, se contempla la cuestión de si el cedente puede por sí sólo o con el consentimiento del cesionario resolver el contrato (sinalagmático) del que deriva el crédito cedido, por incumplimiento del deudor. Parece indiscutible que la cesión no puede entrañar la pérdida de la facultad resolutoria por incumplimiento del deudor. Del mismo modo que éste conserva dicha facultad para el caso de incumplimiento del cedente, mejoraría injustamente la situación del deudor y se rompería en su favor la sinalagmaticidad si el cedente no pudiera resolver si el deudor no paga al cesionario (286). La duda y la falta de acuerdo surgen al decidir si incumbe al cedente o al cesionario o a ambos decidir sobre el ejercicio de la facultad resolutoria.

Parece haber acuerdo en que esta facultad no corresponde en exclusiva al cesionario. Lógicamente, si a tenor del § 326, tras el incumplimiento definitivo el acreedor puede optar por el mantenimiento de su propia obligación con derecho a percibir del incumplidor una indemnización, o por la resolución con restitución, en su caso, de la prestación ya realizada por su parte, parece que cuando el titular del crédito es un cesionario éste mismo puede, claro está, exigir una indemnización al deudor por incumplimiento, pero no la resolución porque esto supondría poner fin a un contrato del que aquél no es parte. Lo que sucede es que esta consideración no debe hacernos olvidar que la facultad resolutoria es, por lo menos, en sentido económico, una garantía del crédito, por lo que por esta vía podría entenderse que también pasa al cesionario y que deja de competere al cedente. Lo que sucede es que en el BGB el precepto relativo a la transmisión de garantías no se pronuncia en términos muy amplios al mencionar en su texto, no claramente con carácter no exhaustivo, a la hipoteca, a la prenda y a la fianza (286 bis). Como soluciones debati-

(285) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 65-68.

(286) La resolución, tras la cesión, del contrato sinalagmático entre deudor y cedente por decisión de aquél y su consiguiente negativa a pagar al cesionario, permite a éste dirigirse contra el cedente, a mi modo de ver, para hacer efectiva la garantía por la existencia y consistencia del crédito ex § 437, si la cesión fue onerosa.

das quedan, al parecer, la de que sólo el cedente o ambos puedan ejercitar dicha facultad (287).

2.3.6. Cesión de crédito ajeno y de crédito inexistente

En caso de una adquisición a *non domino* de un crédito ex § 2.366 las cosas no cambian para el deudor. Se entiende que puede oponer al cesionario las mismas excepciones que hubiera podido oponerle si hubiera adquirido el crédito a domino. Téngase en cuenta que la aplicación del citado precepto sólo debería entrañar perjuicio para el verdadero heredero y no para el deudor, puesto que la protección de la apariencia jurídica en favor del cesionario y que resulta del certificado sucesorio sólo afecta a la titularidad de la persona a cuyo favor se ha expedido y no al contenido del crédito. La conservación de excepciones por el deudor se basa tanto en los §§ 404 y 405, según los cuales la situación jurídica del deudor no debe empeorar con la cesión ya que él no ha intervenido en ella (§ 404) ni en la creación de la apariencia de titularidad del cedente (§ 405), como del mismo § 2.366, cuya finalidad es permitir al cesionario la adquisición del crédito, como si el cedente hubiera sido su verdadero titular (288).

En el § 405 se contempla el supuesto de cesión de un crédito inexistente o incédible en virtud de un pacto entre deudor y acreedor. La solución que en él se da al conflicto de interés entre el cesionario y el deudor es que éste no podrá oponer a aquél la excepción de simulación o el pacto de no ceder si la cesión tuvo lugar mediante la presentación de un documento sobre el crédito expedido por el deudor, a no ser que el cesionario conociese o debiese conocer la inexistencia o la incedibilidad del crédito (289).

La primera conclusión que de este precepto se extrae es que en todos los demás casos el cesionario no es protegido en su buena fe cuando se le cede un crédito inexistente o incédible: el deudor puede negarle el pago. Así, pues, la protección de la confianza del cesiona-

(286 bis) «Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über» (§ 401.1).

(287) Por todos, Vid. Larenz, *op. cit.*, pp. 578 y 579.

(288) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 21 y 22, donde comenta las teorías sobre si tal adquisición a *non domino* es derivativa u originaria.

(289) «Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte» (§ 405).

rio en la existencia del crédito y/o en el poder de disposición del cedente sólo excepcionalmente recibe protección, y ello aunque el cedente haya entregado al cesionario el documento del crédito y el de cesión a los que se refieren los §§ 402 y 403, lo que demuestra que la posesión de tales documentos, a diferencia de lo previsto en los §§ 892 y 932 para los bienes corporales, no haya garantía de seguridad alguna frente al deudor en favor del cesionario de buena fe en relación al contenido o a la exigibilidad del crédito. A éste no le queda otro recurso que dirigirse contra el cedente si resulta que el crédito no existía o era incedible. Así, pues, la protección al deudor sólo le es retirada cuando él mismo dio lugar con un acto propio a la creación de la apariencia de existencia y de credibilidad del crédito y el cesionario es de buena fe. Sin esta actuación propia del deudor sería injusto que él se viera obligado a satisfacer una deuda que no ha contraído o que quedó extinguida o que sólo una determinada persona puede exigirle (290).

El supuesto de hecho de la protección excepcional que en el § 405 se dispensa al cesionario de buena fe está constituido por dos requisitos. En primer lugar, ha de tratarse de créditos documentados, aunque no sean títulos valores: basta con que el deudor haya expedido un documento (*Schuldschein*) en el que se refleja el acto jurídico de donde se dice nacer el crédito o en el que reconoce la deuda (291). En segundo lugar, la cesión ha de llevarse a cabo mediante la exhibición de dicho documento (292), lo cual ha de tener lugar en el acto mismo de la cesión (293). Además, se requiere la buena fe del cesionario, entendiendo por ésta que no conociese o no tuviese que conocer (comportamiento diligente) (294) que el crédito no existía o que era incedible, puesto que se está protegiendo su confianza en la apariencia. Sobre el cesionario recae la carga de la prueba de que le fue presentado dicho documento en el acto de cesión, en tanto que al deudor correspondería la prueba de la mala fe de aquél (295), o de que tal documento fue falsificado, o de que lo expidió con violencia (*vis*

(290) Vid. J. Esser y E. Schmidt: «Schuldrecht», t. I, parte general, 6.ª ed., Heidelberg, 1984, p. 605.

(291) Larenz concreta más y exige que el deudor al expedir tal documento fuera consciente de que el crédito no existía o de que no era dedible, y de que la entrega de tal documento al acreedor podía inducir a error a un tercero (*op. cit.*, p. 576).

(292) Ninguno de estos dos requisitos aparecía en el texto de la primera propuesta de von Cuny, sino que fueron añadidos a lo largo de la discusión («Die Beratung...», *cit.*, pp. 799 y 800).

(293) Vid. Planck, *op. cit.*, p. 188, n.º 3; Schmidt, *op. cit.*, p. 1214, n.º 3. No es suficiente con que el cesionario lo haya visto antes o que esté en posesión de él.

(294) en la propuesta de von Cuny sólo se hablaba de buena fe del cesionario, no de su falta de diligencia (*Kennenmüssen*) («Die Beratung...», *cit.*, p. 799).

(295) Vid. Planck, *últ. loc. cit.*

ablative o Zwang), o que lo entregó no voluntariamente al cedente (robo, pérdida) o que carecía de capacidad de obrar cuando lo otorgó o cuando lo entregó (296).

La consecuencia jurídica es que el deudor no puede oponer al cesionario la simulación del acto de donde nace el crédito ni el pacto de no cederlo (297). Si el crédito no existía porque había sido el resultado de una simulación acordada por el deudor y el cedente, resultará que el crédito se habrá constituido y habrá nacido (*¿ex lege?*) como consecuencia de la cesión a un cesionario de buena fe (298). Y si se había pactado su incredibilidad, el deudor ha de ser consciente de que la documentación del crédito o su reconocimiento por escrito y la entrega del documento al acreedor sin haber incluido mención alguna del pacto de no ceder, hará que tal pacto no sea oponible a terceros de buena fe, y ello aunque la incredibilidad haya sido pactada después de otorgar y entregar dicho documento (299).

El carácter excepcional del precepto contenido en el § 405 impide extender su aplicación a excepciones diferentes de las de simulación del § 177 y de incredibilidad del § 399. Es decir, las demás no quedan afectadas por la excepción, lo cual significa que aunque el deudor haya expedido y entregado al acreedor o a un supuesto acreedor un documento sobre el crédito, que luego es exhibido a la hora de cederlo, no por ello el cesionario va a poder obtener el pago del deudor si resulta que el crédito no existía, pero por una razón diferente a la simulación (300).

Finalmente, habría que advertir que para los causahabientes del cesionario que logra la protección del § 405 no rigen los requisitos en él establecidos, puesto que ellos ya adquieren de quien había adquirido el crédito.

(296) Vid. Schmidt, *últ. loc. cit.* En cambio, según este mismo autor, no podría negar el pago si hubiese sufrido un vicio de la voluntad o si su capacidad de obrar sólo estuviese limitada.

(297) La propuesta inicial de von Cuny sólo se refería a la excepción de simulación, pero también es cierto que fue él mismo quien al final propuso extender la solución al *pactum de non cedendo* («Die Beratung...», *cit.*, pp. 799 y 801).

(298) Vid. Planck, *op. cit.*, pp. 188 y 189. Por ello el deudor podrá oponer al cesionario, por ejemplo, la compensación por créditos que tiene contra el cedente (vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1214, n.º 4).

(299) Vid. Planck, *op. cit.*, p. 188, n.º 2.

(300) Sobre posibles extensiones del § 405 vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1214, n.º 1.

